Christine Voß

DIE PERSONENRECHTLICHE STELLUNG DES NICHTEHELICHEN VATERS UNTER BERÜCKSICHTIGUNG RECHTSVERGLEICHENDER UND SOZIALWISSENSCHAFTLICHER ASPEKTE

1975

1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0004

DIE PERSONENRECHTLICHE STELLUNG DES NICHTEHELICHEN VATERS UNTER BERÜCKSICHTIGUNG RECHTSVERGLEICHENDER UND SOZIALWISSENSCHAFTLICHER ASPEKTE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Christine Voß
aus
Rhede

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. B. Kupisch
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. E. Jayme
Dekan: Prof. Dr. B. Kupisch
Tag der mündlichen Prüfung: 13. 12. 1974

GLIEDERUNG

Seite

Einleitung 1

A. Die Entwicklung der personenrechtlichen Stellung des Vaters nach dem Recht der BRD, Österreichs, der Schweiz, Italiens und der USA 6

I. Bundesrepublik Deutschland 6

1) Die bis zum 1. 7. 1970 geltende gesetzliche Regelung 6

2) Kritik und Reformvorschläge bis zum 2. Weltkrieg 7

3) Die dem Erlaß des Nichtehelichengesetzes vorangehende Reformdiskussion 10

4) Die personenrechtliche Stellung des Vaters nach dem Nichtehelichengesetz vom 1. 7. 1970 12

II. Österreich 13

1) Das bis zum Erlaß des ABGB geltende Recht 13

2) Die personenrechtliche Stellung des unehelichen Vaters nach dem ABGB von 1811 14

3) Die durch das Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes eingetretenen Änderungen 17

III. Schweiz 18

1) Das kantonale Recht bis 1912 18

2) Die Rechtsstellung des außerehelichen Vaters nach dem ZGB 20

3) Die Reaktion auf das Außerehelichenrecht des ZGB und frühe Reformvorschläge 22

4) Der Vorentwurf III 24

IV. Frankreich 26

1) Die Regelung des code civile von 1804 26

2) Die Reformen von 1907, 1912 und 1924 28

Seite

3) Die Verbesserung der Rechtsstellung der Ehebruchs- und Blutschandekinder im Jahre 1955 29

4) Das Unehelichenrecht von 1970 30

5) Die Reform des Unehelichenrechts von 1972 31

V. Italien 33

1) Die personenrechtliche Stellung des unehelichen Vaters nach dem Codice Civile von 1866 33

2) Die Reformgesetzgebung von 1942 35

3) Die Entwicklung seit dem 2. Weltkrieg 37

VI. USA 41

1) Die Regelung des common law 41

2) Die personenrechtliche Rechtsstellung des Vaters nach geltendem Recht 42

a) Die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind 42

b) Das Recht des Vaters zum persönlichen Kontakt mit dem unehelichen Kind 44

c) Die Beteiligung des Vaters bei der Adoption 47

3) Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Supreme Court auf dem Gebiet der Gleichberechtigung auf das geltende Recht 49

4) Der der National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws vorliegende Gesetzentwurf Krauses 53

VII. Die im Vergleich mit ausländischen Regelungen schwache Stellung des deutschen nichtehelichen Vaters 57

B. Grundgesetzlich gebotene Stärkung der personenrechtlichen Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters in der BRD 60

I. Verfassungsrechtliche Kritik der Regelung 60

1) Verletzung des Art. 6 II GG 60

2) Verletzung des Art. 3 GG 61

Seite

II. Die Relevanz ausschließlich verfassungsrechtlicher Argumentation bei der Untersuchung der Frage, ob die gesetzlich neu geschaffene personenrechtliche Rechtsstellung den an sie gestellten Anforderungen genügt 63

1) Aus dem Elternrecht ableitbare Entscheidungskriterien 63

2) Aus der Gleichberechtigung ableitbare Entscheidungskriterien 65

III. Die notwendige Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse 66

C. Die deutsche Regelung vor dem Hintergrund sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse und Postulate 69

I. Befunde und daraus zu ziehende Schlußfolgerungen 69

1) Zur Frage, welcher Elternteil unter welchen Voraussetzungen mit der alleinigen Erziehung des Kindes beauftragt werden soll 69

a) Die regelmäßige Funktionsaufteilung zwischen zwei zusammenlebenden Eltern bei der Erziehung eines Kindes 69

b) Die Fähigkeit zur Übernahme der Funktionen des anderen Elternteils 71

aa) Die Fähigkeit der Mutter zur Übernahme der Vaterfunktionen 73

bb) Die Fähigkeit des Vaters zur Übernahme der Mutterfunktionen 75

c) Der Einfluß der Nichtehelichkeit auf die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit der Eltern 76

aa) Die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Mütter 76

bb) Die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Väter 77

cc) Der ausschlaggebende Faktor: Die Nichtehelichkeit 80

2) Zur Frage des persönlichen Kontakts zwischen dem nicht mit dem Kinde zusammenlebenden Elternteil und dem Kind 85

Seite

a) Der Mangel an spezieller Erfahrung auf dem Gebiet der persönlichen Kontakte zwischen nichtehelichen Eltern und Kindern 85

b) Die Erfahrungen mit dem Besuchsrecht ehelicher nichtsorgeberechtigter Eltern 85

3) Zur Frage der Beteiligung des nichtsorgeberechtigten Elternteils an Entscheidungen für und über das Kind (Zustimmungsrecht - Anhörungsrecht - Informationsrecht) 87

a) Die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Alleinentscheidungen der sorgeberechtigten Mutter und solchen Entscheidungen, die gesetzlich der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bedürfen 88

b) Die Art und Weise der Beteiligung 89

aa) Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG 89

bb) Das Zustimmungsrecht des Vaters 90

cc) Nicht von Art. 103 I GG erfaßte Sachverhalte 93

dd) Der Anspruch auf Information 93

II. Zusammenfassende Würdigung der gesetzlichen Regelung und Änderungsvorschläge 95

1) Die Notwendigkeit von Änderungen im NEG auf Grund sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse 95

a) Zur elterlichen Gewalt 95

b) Zum persönlichen Kontakt 96

c) Zur Beteiligung des Vaters an Entscheidungen für und über das Kind 97

2) Verfassungsrechtliche Einordnung des Ergebnisses 99

LITERATURVERZEICHNIS

Adamovich, L.	Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl. 1957 Wien, bearbeitet und ergänzt von Hans Spanner (zit.: Handbuch)
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933 Berlin, Neudruck 1960 Darmstadt (zit.: Die Verfassung)
Aubry et Rau	Droit Civil Français, 7ème édition par Esmein, Tome IX, Paris 1953 (zitiert: Aubry, Rau, Esmein)
Basedow, Jürgen	Zur Änderung des italienischen Familienrechts, in: StAZ 1972, 187-188
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann	Zivilprozeßordnung, 31. Aufl. 1973 München
Beitner, Manfred	Probleme des unehelichen Kindes, in: JBl. 1954, 106-108
Beitzke, Günther	Familienrecht, 16. Aufl. München 1972
Béky, Michael	Rechtspolitische Probleme im Zusammenhang mit dem anthropologisch-erbbiologischen Gutachten: Ein Beitrag zur geplanten Teilrevision des schweizerischen Familienrechts, Diss. Zürich, Bern, Frankfurt 1971
Bericht und Protokolle des	achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1920 (zit.: Bericht und Protokolle)
Bettermann, Karl August; Nipperdey, Hans Carl; Scheuner, Ulrich (Hrsg.)	Die Grundrechte. Vierter Band, Grundrechte und institutionelle Garantien, 1. Halbband, Berlin 1960 (zit.: Grundrechte)
Blume, Jürgen	Neuerungen im italienischen Adoptionsrecht, in: StAZ 1968, 354-358

Blunschy-Steiner, Elisabeth	Praktische Ziele der Revision des Kinderrechts, in: Pro Iuventute 1972, 252-257
Bosch, Friedrich Wilhelm	Das neue Recht des nichtehelichen Kindes in Deutschland. Ein Vergleich mit schweizerischem Recht und schweizerischen Reformbestrebungen, in: Basler Juristische Mitteilungen 1970, 101-133; FamRZ 1970, 157-167
	Probleme einer Reform des Unehelichenrechts, in: FamRZ 1961, 457-463
Briguglio, Marcello	Zum Recht des unehelichen Kindes in Italien, in: FamRZ 1962, 342-345
Bückling, Gerhard	Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder im Mittelalter und in der heutigen Reformbewegung, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 129. Heft, Breslau 1920 (zit.: Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder)
Campagna, Lorenzo	Communicazioni e interventi, in: La riforma del diritto di famiglia, 179-182 (zit.: Communicazioni)
Carraro, Luigi	I rapporti inerenti alla filiazione, in: La riforma del diritto di famiglia, 73-86 (zit.: I rapporti inerenti)
Cicu, Antonio	Per una riforma delle norme sulla filiazione, A) Questionario, in: Riv.trim.di dir. e proc.civ.Anno VI (1952), 813-818
-; Tedeschi, Guido	La filiazione, Gli alimenti, Torino 1969
Claessens, Dieter	Zur Dynamik der bürgerlichen Familie und ihrer möglichen Alternativen in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 14 (Soziologie der Familie) 169-199

Clark Jr., Homer H.	The Law of Domestic Relations in the United States (Hornbook Series), St. Paul 1968 (zit.: Law of Domestic Relations)
Conrad, Hermann	Die Stellung der unehelichen Kinder in der neueren Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz, in: FamRZ 1962, 322-329
Cupis, Adriano de	Lo stato di figlio adulterino, in: Rivista trimestrale di diritto civile 1967 II, 616-634
Dölle, Hans	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: JZ 1953, 353-362
-	Familienrecht, Karlsruhe 1965
Edlbacher, Oskar	Die Neuordnung des Unehelichenrechts in Österreich, in: StAZ 1971, 265-269
Egger, A.	Das Familienrecht. Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Hrsg.: Egger u.a., 2. Aufl. Zürich 1943 (zit.: Familienrecht)
Engler, Helmut	Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht. Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Band 72, Bielefeld 1972
Ent, Herbert	Kindschaftsrecht heute, in: Vorträge zum Thema: Die Entwicklung des Familienrechts in Mitteleuropa, Wien 1970
-	Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, in: ÖJZ 1972, 505-512
Fallmann	Die Stellung des unehelichen Kindes und seiner Mutter auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts. Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, 150-179 (zit.: Verhandlungen)
Ferid, Murad	Das französische Zivilrecht, 2. Band, 1971 Frankfurt/Berlin

Finke	Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: NJW 1953, 606-614
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. 1971 München (zit.: Familienrecht)
-	Kindeswohl und Elternwille, in: FamRZ 1973, 229-244
Gervasoni, Mario; Taschetta, Orlando; Tralamazza, Lorenzo	Discussioni sull' articolo 304 CCS, ZZW 1968, 43-48
Giese, Friedrich	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. Berlin 1931 (zit.: Die Verfassung)
Giesen, Dieter	Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonflikts zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem, in: NJW 1972, 225-229
Giorgianni, Michele	La filiazione fuori del matrimonio, in: La riforma del diritto di famiglia 2, 123-135 (zit.: La filiazione)
Gmür, Max	Das außereheliche Kindesverhältnis nach dem Vorentwurf zum schweizerischen Privatrecht, in: Zeitschr. d. Bern. Juristenvereins Bd. 35 (1899) 516-553
Goode, William J.	Soziologie der Familie, München 1967
-	Die Struktur der Familie, Köln/ Opladen 1960
Grasnick, Maria	Das neue Nichtehelichenrecht, Baden-Baden 1971
Gray, John C. Jr., Rudovsky, David	The Court Acknowledges the Illegitimate: Levy v. Louisiana and Glona v. American Guarantee § Liability Insurance Co., in: 118 U.Pa.L.Rev. 1-39 (1969)

Grob, Hans	Zur Änderung gesetzlicher Bestimmungen und ihrer Anwendung zugunsten des außerehelichen Kindes, in: Pro Iuventute 1935, 484-489
Grossen, Jaques-Michel	Elterliche Gewalt und Kindesschutz, in: Pro Iuventute 1972, 246-252
Grunsky, Wolfgang	Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft beim nichtehelichen Kind, in: StAZ 1970, 248-254
Gschnitzer, Franz	Grundsätzliches zur Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, in: JBl. 1966, 393-398
Haak, Renate	Untersuchungen zur Frage der Berufswahl vaterverwaister Mädchen aus unvollständigen Familien, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie Bd. 7 (1955), 70-92
Hahnzog, Klaus	Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 II GG, in: FamRZ 1971, 334-340
Hamann, Andreas jr., Lenz, Helmut	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. Neuwied, Berlin 1970 (zit.: GG)
Hansmann, Klaus	Der Elternbegriff des Art. 6 II des Grundgesetzes, in: FamRZ 1962, 452-455
Has, Franziska	Das Verhältnis der unehehlichen Eltern zu ihrem Kinde. Ein soziologischer Beitrag zur Reform des Unehelichenrechts. Berlin 1962. Sozialpolitische Schriften Heft 15 (zit.: Das Verhältnis der unehelichen Eltern)
Hausheer, Heinz	Das Familienrecht des schweizerischen ZGB, Teilreform oder Totalrevision in kleinen Schritten, in: Zeitschrift d. Bern. Juristenvereins Bd. 109 (1973), 257-281

Hegnauer, Cyril	Die Revision der Gesetzgebung über das außereheliche Kindesverhältnis, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N.F. Bd. 84 (1965), 2. Halbband, 1-200
-	Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 86.1 (1967), 5-17
-	Soll das Verbot der Standesfolge für ehewidrige Kinder beibehalten werden? in: SJZ 1968, 161-166
-	Ehelichkeit und Außerehelichkeit heute, Zeitschrift des Bern. Juristenvereins, Bd. 107 (1971) 1-23
-	Grundgedanken der Revision des Kindesrechts, in: Pro Iuventute 1972, 239-246
Hiltscher, Hermann	Betrachtungen zum neuen Entwurf eines Bundesgesetzes über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, in: ÖJZ 1965, 141-148 mit anschließender Entgegnung von Edltacher, 148-150
Hluze-Litzlfellner	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen, Wien (zit.: EF-Slg. und Jahr)
Horstmann, Martin	Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis. Der Zusammenhang zwischen der Institution der Familie und der elterlichen Gewalt, Bielefeld 1967 (zit.: Personenrechtliche Beziehungen)
Huber, Eugen	Schweizeri sches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments, 2. Ausgabe 1. Band, Bern 1914 (zit.: Erläuterungen zum Vorentwurf)

Huber, Eugen	System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. I Basel 1886 Bd. II Basel 1888 Bd. IV Basel 1893 (zit.: Schweizerisches Privatrecht)
Huet-Weiller, Danièle	Les effets de la filiation illégitime en droit français, in: La Filiation Illégitime en droit comparé français et allemand, Travaux de l'Institut de Droit Comparé. Paris 1972 (zit.: Les effets de la filiation illégitime)
Hüni, Hanspeter	Die Vaterschaftsklage nach dem Codice civile italiano von 1942, 1949 Zürich (zit.: Vaterschaftsklage)
Jansen, Ludwig; Knöpfel, Gottfried	Das neue Unehelichengesetz. Die Gesetzesvorlage der Bundesregierung. Die Amtliche Begründung. Erläuterungen. Frankfurt a.M./ Berlin 1967 (zit.: Das neue Unehelichengesetz)
Jayme, Erik	Zur geplanten Neuordnung des italienischen Familienrechts, in: FamRZ 1967, 537-547
-	Das nichteheliche Kind im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, Frankfurt a.M. 1972 (zit.: Das nichteheliche Kind)
-	Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht, in: FamRZ 1973, 14-18
-	Neuer Gesetzentwurf zur Gesamtreform des italienischen Familienrechts, in: FamRZ 1973, 19-21
Kipp, Theodor	Zur Reform des Rechts der unehelichen Kinder, in: Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin/Leipzig 1926, 359-394 (zit.: Zur Reform des Rechts)
Klaje, Dorothea	Die verfehlte Reform des Unehelichenrechts, Hamburg 1971 (zit.: Die verfehlte Reform)

Klang, Heinrich; Gschnitzer, Franz (Hrsg.)	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1933 (zit.: Bearbeiter in Klang: Kommentar)
Klein, Frédéric	Rechtsprechung des Kassationshofs in Paris zu dem französischen Gesetz vom 15. 7. 1955 betreffend Neuregelung der Ansprüche aus unehelicher Vaterschaft, in: FamRZ 1959, 350-351
Klumker, Christian J.; Spann, O.	Die Bedeutung der Berufsvormundschaft für den Schutz des unehelichen Kindes, Dresden 1905 (zit.: Die Bedeutung der Berufsvormundschaft)
König, René	Überorganisation der Familie als Gefährdung der seelischen Gesundheit, in: M. Pfister-Ammende (Hrsg.), Die Psychohygiene, Bern 1949 (zit.: Überorganisation der Familie)
- (Hrsg.)	Handbuch der empirischen Sozialforschung, 1969 Stuttgart
Kralik, Winfried	Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, in: JBl. 1971, 273-283
Krause, Harry D.	Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht, in: FamRZ 1969, 304-311
-	Illegitimacy: Law and Social Policy, Indianapolis/Kansas City/ New York 1971 (zit.: Illegitimacy)
Krüger, Hildegard	Uneheliche Kinder Art. 6 V GG, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner: Die Grundrechte, Vierter Band, 1. Halbband, Berlin 1960 (zit.: Krüger, Uneheliche Kinder)
Lalive, Pierre	Questions actuelles du droit de la filiation illégitime, in: Zeitschrift für Zivilstandswesen 1966, 332-333; 371-376; 416-422; 449-453

-	La Revision Du Droit De La Filiation Illégitime, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N.F. Bd. 84 II (1965), 543-812
Lange, Hermann	Das neue Nichtehelichenrecht, NJW 1970, 297-306
Lautmann, Rüdiger	Abbau von Vorurteilen durch Gesetze, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. III (1972), 187-205
Lautmann, Rüdiger u.a.	Zur Struktur von Stigmata. Das Bild der Blinden und Unehelichen, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1972, 83-100
Leibholz, G.; Rinck, H.J.	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl. Köln 1971 (zit.: GG)
Lempp, Reinhart	Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: NJW 1972, 315-319
-	Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, in: NJW 1963, 1659-1662
Lüderitz, Alexander	Adoption. Vorschläge zur Auslegund und Änderung des Rechts der Annahme an Kindes Statt, Karlsruhe 1972 (zit.: Adoption)
Luther, Gerhard	Reform des italienischen Codice civile, in: Zeitschr. f. ausl. u. intern. Privatrecht Bd. 12 (1939), 886-889
Madlener, Kurt	Das französische Unehelichenrecht, Bielefeld 1969
Majello, Ugo	Comunicazioni e interventi, in: La riforma del diritto di famiglia, 185-189 (zit.: Comunicazioni)

v. Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin/Frankfurt a.M. 1957 (zit.: GG)
Massip, Jacques	Das neue französische Kindschaftsrecht, in: StAZ 1973, 105-117
Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman	Grundgesetz. Kommentar, München 1971 (zit.: GG)
Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean	Leçons de Droit Civil, Paris 1955
Melzer, Gustav	§ 166 ABGB; ein Vorschlag zur Verwaltungsreform, in: ÖJZ 1952, 87-90
Menger, Anton	Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. Tübingen 1908, Nachdruck Darmstadt 1968 (zit.: Das Bürgerliche Recht)
Mengoni, Luigi	La filiazione fuori del matrimonio, in: La riforma del diritto di famiglia 2, 136-146 (zit.: La filiazione)
Mezger, E.	Reform des Rechts der unehelichen Kinder in Frankreich durch das Gesetz vom 15. 7. 1955, in: FamRZ 1955, 273-277
Mohr, Gion Rud.	Die Vaterschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage, Bern 1912 (zit.: Vaterschaftsklage)
Nehrwein, Fritz	Der Unterhaltsanspruch des außerehelichen Kindes, Diss..Zürich 1931
-	Revision des Rechts des außerehelichen Kindes, in: Schweizerische Juristenzeitung, 1957, 177-184
Neidhardt, Friedhelm	Die Familie in Deutschland, Opladen 1966

-	Schichtspezifische Elterneinflüsse im Sozialisationsprozeß, in: Die Familie als Sozialisationsfaktor. (Der Mensch als soziales und personales Wesen, Bd. III), Hrsg.: Gerhard Wurzbacher, Stuttgart 1968, 174-195 (zit.: Schichtspezifische Elterneinflüsse)
-	Strukturbedingungen und Probleme familialer Sozialisation, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 14 (Soziologie der Familie), 144-168
Neumann, Heinrich	Die unehelichen Kinder in Berlin, Jena 1900 (zit.: Die unehelichen Kinder)
Niclas, Ilse-Dore	Neues Unehelichenrecht in Österreich, in: Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1971, 166-174
Odersky, Felix	Nichtehelichengesetz, 3. Aufl. 1973 Bielefeld
Pacifici-Mazzoni, Emidio	Istituzioni di Diritto Civile Italiano, Quinta edizione, Torino 1927
Parlamentarischer Rat	Verhandlungen des Hauptausschusses Bonn 1948/49, Bonn o.J. (zit.: Parlamentarischer Rat)
Parsons, Talcott	Family Structure and the Socialization of the Child, in: Parsons, Talcott and Bales, Robert: Family Socialization and Interacting Process, London 1956, 35-132 (zit.: Family Structure)
Pelosi, Angelo Carlo	La patria potestà, Milano 1965
Planiol, Marcel; Ripert, Georges	Traité pratique de droit civil français, Tome I, 2. édition par René Savatier; Tome II par André Rouast, Paris 1952 (zit.: Planiol, Ripert, Bearbeiter)

Ploscowe, Morris; Foster, Henry H. Jr.; Freed, Doris Jonas	Family Law, Cases and Materials, 2nd ed. 1972, Boston, Toronto
Protokolle der Kommission für	die 2. Lesung des Entwurfs für das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. IV, Familienrecht, Berlin 1897
Raape, Leo	Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem neuen italienischen Zivilgesetzbuch, zugleich ein Beitrag zu dem sogenannten Anerkennungssystem im allgemeinen, Hamburg 1948 (zit.: Die Rechtsstellung)
Rassat, Michèle-Laure	Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1973 portant réforme du droit de la filiation, in: Rev. trim. de droit civil 1973, 207-258; 419-439
Riegel, Klaus Georg	Die sozialen Grundlagen des Familienrechts, Recht und Gesellschaft 1972, 103-107
Riezler, Erwin	Der Entwurf eines neuen italienischen Zivilgesetzbuchs, in: Zeitschr. f. ausl. u. internat. Privatrecht, Bd. 7 (1933), 207-279
La riforma del diritto di famiglia	Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967, Quaderni della "Rivista di diritto civile", Padova 1967
La riforma del diritto di famiglia 2	Atti del II convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972, Quaderni della "Rivista di diritto civile", Padova 1972
Rotondi, Mario	Die italienische Rechtswissenschaft der letzten hundert Jahre, in: RabelsZ Bd. 30 (1966), 104-116
Rümelin, Max	Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns, Tübingen 1908

-	Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzbuch, Leipzig 1901 (zit.: Der Vorentwurf)
Sandmeier, Erika	Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung insbesondere durch das Kind, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft N.F. Heft 60, Aarau 1938
Santoro-Passarelli, Francesco	Saggi di diritto civile, Napoli 1961
-	Significato attuale del diritto nell' organizzazione e nella vita della famiglia, in: La riforma del diritto di famiglia 2, 9-26 (zit.: Significato attuale)
Schadendorf, Barbara	Uneheliche Kinder, München 1964
Scheid, Rudolf	Fragen der elterlichen Gewalt im deutschen und im französischen Recht, Diss. München 1969
Schlatter, Carl	Gedanken eines Praktikers zum Vorentwurf über die Revision des Kindesverhältnisses, in: Pro Iuventute 1972, 257-259
Schlegelberger, Franz (Hrsg.)	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Erster Band, Berlin 1929; Sechster Band, Berlin 1938 (zit.: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch)
Schlosser, Peter	Der Einfluß des Grundgesetzes auf die privatrechtliche Stellung des unehelichen Kindes, in: FamRZ 1963, 601-630
Scialoja, Antonio/ Branca, Giuseppe	Commentario del codice civile, Libro primo: delle persone edella famiglia, Majello, Ugo: Della filiazione illegittima e della legittimazione, art. 250-290, Bologna, Roma 1969 (zit.: Commentario)

Schmidt, Arthur B.	Die Stellung der unehelichen Kinder und der Gesetzentwurf vom 22. Mai 1925, in: AcP 127 (1927), 210-231
Schmidt-Hidding, Wolfgang	Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas, Bielefeld 1967 (zit.: Die Stellung des unehelichen Kindes)
Schwimann, Michael	Das österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform, in: FamRZ 1973, 345-355
Simitis, Spiros	Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelichenrechts, in: StAZ 1970, 255-264
Simon, Hans-Peter	Das Verkehrsrecht - ein natürliches Elternrecht?,in: FamRZ 1972, 485-490
Slater, Philip E.	Parental Role Differentiation, in: The American Journal of Sociology, Bd. 67 (1961/62), 296-308
Sperl, Wolfgang	Zum Gesetzentwurf über eine neue Rechtsstellung des unehelichen Kindes, in: ÖJZ 1964, 141-145
Spitzer, Gerd	Die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter, in:SJZ 1966, 17-22
Stampfli, Lucie	Die unvollständige Familie, Zürich 1951
Steininger, Viktor	Innere Widersprüche im geltenden Unehelichenrecht, in:ÖJZ 1962, 124-126
Stier-Somlo, Fritz	Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1925 Bonn (zit.: Die Verfassung)

Storr, R.	Der Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Stellung des nichtehelichen Kindes. Erfüllt das NeG den Verfassungsauftrag?, Diss. Würzburg 1970 (zit.: Der Verfassungsauftrag)
The "Strange Boundaries" of Stanley:	Providing Notice of Adoption to the Unknown Father, in: 59 Virg. L.R., 517-532 (1973) (zit.: The "Strange Boundaries of Stanley)
Tabler Jr., Norman G.	Paternal Rights in the Illegitimate Child: Some Legitimate Complaints on Behalf of the Unwed Father, in: 11 J.Fam.L. 231-254 (1971)
Trabucchi, Alberto	I principi generali della riforma nel sistema del diritto di famiglia, in: La riforma del diritto di famiglia, 9-28
Tuor, Peter; Schnyder, Bernhard	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl. 1968 Zürich (zit.: Zivilgesetzbuch)
Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Bamberg 1921, Berlin/Leipzig 1922	
Wernicke, K. G.	Bearbeitung des Art. 6 GG im Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (zit.: Wernicke, Bonner Kommentar)
Winter, Gert	Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 17, Berlin 1969 (zit.: Sozialer Wandel)
Zatti, Paolo	Il diritto di famiglia nei progetti die riforma, in: Rivista di diritto civile 1970 II, 365-406
Zelditch, Morris, Jr.	Role differentiation in the nuclear family: A comparative study in: Parsons, T. und Bales, R. F., Family socialisation, and interaction process, New York 1955, 307-353 (zit.: Role differentiation)
Zemen, Herbert	Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, in: FamRZ 1973, 355-363

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
ALR	American Law Reports
Am.J.o. Sociology	American Journal of Sociology
Am.Jur.	American Jurisprudence
Ann.	Annotated
App.Div.	Appellate Division
Art.	Artikel
Basler Jur.Mit.	Basler Juristische Mitteilungen
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Amtliche Sammlung
Beschl.	Beschluß
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
B-VG.	Bundesverfassungsgesetz Oesterreichs
Cal.App.	California Appellate Reports
cc	codice civile, code civil
Ch.	Chapter
Corte Cost.	Corte Costituzionale
cost.	Costituzione
Ct.	Court
DAV	Der Amtsvormund
E	Entwurf

EF-Slg.	Hluze-Litzlfellner, Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
Fam.L.Q.	Family Law Quarterly
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
Giur.it.	Giurisprudenza Italiana
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
JBl.	Juristische Blätter
J.Fam.L.	Journal of Family Law
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LGZ	Landgericht für Zivilrechtssachen
Mich.	Michigan
Misc.	New York Miscellaneous
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	nota
N.	Note
N.E.	North Eastern Reporter
NEG	Nichtehelichengesetz
N.J.	New Jersey Reports
N.J.Eq.	New Jersey Equity
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	North Western Reporter
N.Y.S.	New York Supplement
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
Ohio St.	Ohio State Reports
P.	Pacific Reporter
Pa.Super.	Pennsylvania Superior Courts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RuG	Recht und Gesellschaft

Rdz.	Randzahl
Rev.	Revised
Riv.trim.di dir.civ.	Rivista trimestrale di diritto civile
Riv.trim.di dir. e proc.civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
S.E.	South Eastern Reporter
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
So.	Southern Reporter
Stat.	Statute
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen
Supp.	Supplement
S.W.	South Western Reporter
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reporter
VG	Verwaltungsgericht
Virg.L.R.	Virginia Law Review
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBlJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZfSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZGB	Zivilgesetzbuch

Für alle übrigen Abkürzungen verweise ich auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl. Berlin 1968 und
A Uniform System of Citation, 11ed. 1967 Cambridge, Mass.

Einleitung

Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen (Art. 6 Abs. 5 GG).

In Erfüllung dieses Grundgesetzauftrages hat der Bundestag das am 1. 7. 1970 in Kraft getretene "Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder"[1] (NEG) verabschiedet. Mit diesem Gesetz unternimmt es der deutsche Gesetzgeber zum erstenmal, Regeln für ein personenrechtliches Rechtsverhältnis zwischen einem nichtehelichen Vater und seinem Kind aufzustellen. Die bisherige personenrechtliche Zuordnung nichtehelicher Kinder ausschließlich zu ihrer Mutter wird an einigen Stellen durchbrochen zugunsten des Vaters: er kann gegen den Willen der Mutter den persönlichen Kontakt mit dem Kind durchsetzen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient (§ 1711 BGB) ; er soll vom Vormundschaftsgericht vor bestimmten Entscheidungen gehört werden, wenn eine solche Anhörung dem Wohl des Kindes zu dienen geeignet ist (§ 1712 BGB). Bei der Adoption gilt dies, ohne daß eine solche Eignung festgestellt werden muß (§ 1747 a BGB).

Es liegt nicht ohne weiteres auf der Hand, daß diese Regelung "gleiche Bedingungen" im Sinne des Art. 6 Abs. 5 GG schafft. Zunächst stellt sie nur eine Verbesserung der personenrechtlichen Stellung des Vaters in Richtung auf eine Annäherung an die personenrechtliche Stellung des geschiedenen Vaters dar. Daß sie gleichzeitig den für die nichtehelichen Kinder herzustellenden gleichen Bedingungen entspricht, ist eine gesetzgeberische Wertung, die vorzunehmen zweifelsohne schwierig war und die zur Kritik herausfordern mußte.

---

1) vom 19. August 1969, BGBl. I S. 1243

Bedenken gegen die Regelung sind in der Literatur[1] von mehreren Seiten erhoben worden. Ihr Grundtenor geht jedoch weniger dahin, daß die Reform den Nichtehelichen etwas vorenthalten habe, was gleichen Bedingungen mit ehelichen Kindern entsprochen hätte. Es wird vielmehr geltend gemacht, das Elternrecht des nichtehelichen Vaters und seine Gleichberechtigung - einerseits mit der nichtehelichen Mutter, andererseits mit dem ehelichen Vater - hätten zu einer weitaus stärkeren Rechtsposition des Vaters im Verhältnis zur Mutter führen müssen als durch die Neuregelung geschaffen worden sei. Diese Bedenken wurden auch vom Bundesverfassungsgericht[2] bereits ausdrücklich zur Kenntnis genommen, brauchten aber mangels einer entsprechenden Vorlage bisher noch nicht überprüft zu werden.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Stichhaltigkeit dieser Einwände unter rechtlichen und sozialwissenschaftlichen Aspekten. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß die Gesetzesregelung vertretbar ist; lediglich beim Besuchsrecht des nichtehelichen Vaters wird eine Gesetzesänderung vorgeschlagen.

Bei der Überprüfung des Gesetzesinhalts und der Ausarbeitung eines Vorschlags werden entsprechenden Regelungen einiger neuerer Reformgesetze bzw. -vorschläge berücksichtigt, die im Ausland zur personenrechtlichen Stellung des nichtehelichen Vaters erarbeitet worden sind. Aufgrund der weitverbreiteten Bemühungen um eine Verbesserung des Rechts der nichtehelichen Kinder herrscht kein Mangel an diesbezüglichem Material, ganz im Gegenteil ergibt sich die Notwendigkeit, eine sinnvolle Auswahl zu treffen.

---

1) Lange, NJW 1970, 297 (298); Simitis, StAZ 1970, 255 (264); Hahnzog, FamRZ 1971, 334 (337); Gernhuber, Familienrecht, 678; Storr, Der Verfassungsauftrag, 88,104.

2) Beschl. v. 15. 6. 1971, BVerfGE 31, 194 (211).

Bei der Durchsicht der Bewegungen in der deutschrechtlichen Rechtsfamilie bietet sich eine Einbeziehung der Reformarbeiten in Österreich und in der Schweiz an; in beiden Ländern ist, wie in der BRD, seit Anfang der sechziger Jahre eine intensive Reformdiskussion im Gange. Sie hat in Österreich ihren vorläufigen Abschluß gefunden in dem am 1. 7. 1971 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes[1)], das an der bisherigen Regelung festhält und den bereits bis dahin bestehenden gesetzlichen oder von der Rechtsprechung entwickelten personenrechtlichen Befugnissen des Vaters nur wenig hinzufügt.

Im Gegensatz dazu haben die schweizerischen Reformbestrebungen bisher noch keinen Abschluß in Form eines Gesetzes gefunden. Dieser Zurückhaltung des schweizerischen Gesetzgebers dürfte es zu verdanken sein, daß neuerdings ein Reformvorschlag diskutiert wird, der den eingefahrenen Weg der Anknüpfung des Nichtehelichenrechts an die Nichtehelichkeit verläßt und statt dessen an das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer vollständigen Familie anknüpft.

Für den romanischen Rechtskreis soll die Entwicklung am Beispiel Frankreichs und Italiens aufgezeigt werden, wo - verglichen mit Österreich, der Schweiz und der BRD - eine gegenläufige Entwicklung stattfindet. Ausgehend von einer umfassenden Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters war und ist es das Ziel der französischen und italienischen Reformbemühungen, die Rechte des Vaters zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der nichtehelichen Mutter abzubauen. Dabei wird es interessant sein festzustellen, inwieweit der Rechtszustand, auf den diese Entwicklung hinaus-

---

1) BGBl. 342/1970

läuft, mit demjenigen übereinstimmt, bei dem die umgekehrte Entwicklung im deutschrechtlichen Rechtskreis steht.

Seit den richtungweisenden Entscheidungen Levy v. Louisiana[1] und Glona v. American Guarantee & Liability Insuranco Co.[2], die zum erstenmal die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder durchführten, drängt sich eine Betrachtung der Verhältnisse in den Vereinigten Staaten geradezu auf. Diese Entscheidungen betrafen zwar zunächst nur vermögensrechtliche Ansprüche nichtehelicher Kinder gegen ihre Mütter im Vergleich zu denen ehelicher Kinder; die ersten Schritte auf dem Weg zur Übertragung dieser Entscheidungen auf das Verhältnis nichtehelicher Kinder zu ihren Vätern sind jedoch bereits getan[3]. Auf dem Gebiet der personenrechtlichen Befugnisse hat der Supreme Court erstmalig in der Entscheidung Stanley v. Illinois[4] Vorschriften für verfassungswidrig erklärt, die beim Tode der nichtehelichen Mutter die Sorge für das Kind dem Staat übertrugen, ohne dem Vater auch nur die Möglichkeit zu geben, eine eventuelle Eignung für die Ausübung der elterlichen Sorge nachzuweisen.

Leider kann die Entwicklung des Nichtehelichenrechts in den Vereinigten Staaten nur anhand einiger Rechtsordnungen in den Teilstaaten aufgezeigt werden: die Regelung des Nichtehelichenrechts fällt in die Zuständigkeit der Einzelstaaten; eine umfassende Darstellung würde daher den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Andererseits wäre es ebensowenig

---

1) 391 U.S. 68 (1968)

2) 391 U.S. 73 (1968)

3) Re Estate of Ortiz (1969) 60 Misc. 2d 756, 303 N.Y.S. 2d 806; Schmoll v. Creecy (1969) 54 N.J. 194, 254 A. 2 d 525; Levy v. Louisiana on remand 253 La. 73, 75, 216 So. 2d 818, 820 (1968); R. v. R. 431 S.W. 2d 152 (Mo. 1968). Siehe auch den Gesetzesentwurf Krauses für die Law Commission in Krause, Illegitimacy, 240-257.

4) 405 U.S. 645 (1972)

sinnvoll, sich auf das Herausarbeiten "kleinster gemeinsamer Nenner" zu beschränken; zu vieles müßte dabei weggelassen werden, was zum Verständnis einzelner Erscheinungen notwendig gesagt werden muß. Es sollen deshalb bei den einzelnen Bestandteilen der personenrechtlichen Stellung des Vaters Beispiele für die jeweils extremsten Positionen und die vermittelnden Lösungen gegeben werden.

An den Vergleich mit den Regelungen anderer Länder schließt sich eine Untersuchung der gegen die Reformgesetzgebung erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken an. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß die hergebrachten verfassungsrechtlichen Institutionen wegen der besonderen Situation der nichtehelichen Kinder keine Entscheidungshilfen bieten können. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, nach solchen Entscheidungshilfen in anderen Wissenschaften zu suchen. Hier bieten sich die Feststellungen der Sozialwissenschaften über die Funktion der Eltern bzw. eines Elternteils bei der Erziehung von Eltern an.

Ausgehend von diesen Feststellungen bewertet die Untersuchung - unter Einbeziehung der vorher dargestellten ausländischen Lösungen - die Reformgesetzgebung und versucht, die gewonnenen Ergebnisse auch verfassungsrechtlich abzusichern.

A. Die Entwicklung der personenrechtlichen Stellung des nichtehelichen Vaters

I. Bundesrepublik Deutschland

1) Die bis zum 1. 7. 1970 geltende gesetzliche Regelung

Das Nichtehelichengesetz vom 1. 7. 1970 tritt an die Stelle des seit dem 1. 1. 1900 nahezu unverändert[1] geltenden Unehelichenrechts des BGB. Abgesehen von dem Eheverbot des § 4 EheG hatte dieses Gesetz die Wirkungen der Verwandtschaft zwischen Eltern und Kindern für das Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Vater und seinem Kind auf eine Unterhaltspflicht des Vaters beschränkt (§ 1708 BGB a.F.). Weitergehende Rechte (Sorgerecht, Besuchsrecht, Mitentscheidungsrecht) konnte der uneheliche Vater nur dadurch erwerben, daß er ein eheliches Verwandtschaftsverhältnis zu seinem Kind herstellte, sei es durch Adoption (§§ 1741, 1757 BGB a.F.), Ehelicherklärung (§ 1736 BGB a.F.) oder Legitimation durch nachfolgende Heirat der Mutter (§ 1719 BGB a.F.). Die Möglichkeit der Herstellung voller verwandtschaftlicher Beziehungen fiel weg, wenn das nichteheliche Kind von seiner Mutter oder dritten Personen adoptiert wurde. Dessen ungeachtet war eine Beteiligung des Vaters im Adoptionsverfahren nicht vorgesehen (§ 1747 I BGB a.F.).

2) Kritik und Reformvorschläge bis zum 2. Weltkrieg

Kritiker des Gesetzes nahmen an der Beschränkung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses auf eine Unterhalts-

---

1) Neu geregelt wurden durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 (BGBl. I, 1221) Höhe und Dauer der Unterhaltsverpflichtung des Vaters und die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter (§ 1707 II n.F.).

pflicht des Vaters zunächst keinen Anstoß[1]. Reformvorschläge[2] befaßten sich nahezu ausschließlich mit der Regelung des Unterhaltsrechts und Geldansprüchen der Mutter gegen den Vater - Fragen, die angesichts der allgemeinen, außerordentlich schlechten wirtschaftlichen Situation nichtehelicher Mütter und Kinder am Anfang des 20. Jahrhunderts[3] wohl zu Recht als vordringlich angesehen wurden.

Die erkannte Notwendigkeit einer besseren Unterstützung der nichtehelichen Kinder führte jedenfalls dazu, daß in die Weimarer Reichsverfassung ein Programmsatz[4] (Art. 121) aufgenommen wurde, der den Gesetzgeber zur Schaffung gleicher Bedingungen für eheliche und uneheliche Kinder auffor-

---

1) Siehe z.B. Menger, Das Bürgerliche Recht, der die getroffene Regelung wegen ihrer Kürze und Ungenauigkeit als weiteres Mittel des bürgerlichen Gesetzgebers zur planmäßigen Unterdrückung der besitzlosen Volksklassen anprangerte (60), die von ihm befürwortete Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder jedoch solange für undurchführbar ansah, als es Ehe und Eigentum in der derzeitigen Form gäbe (73).

2) Z.B. bei Menger, Das Bürgerliche Recht, 103 - 105.

3) Umfangreiches statistisches Material zur Lage der Unehelichen in Deutschland wurde zwischen 1900 und 1915 veröffentlicht; z.B. von Neumann, Die unehelichen Kinder; Spann, Die Erweiterung der Sozialpolitik; Klumker/Spann, Die Bedeutung der Berufsvormundschaft. Der hohe Anteil der Nichtehelichen an der Gesamtgeburtenzahl (1915: 11,2 %), ihre große Sterblichkeit im frühen Alter, ihre schlechte Bildung und Ausbildung, ihr geringes Vermögen und ihre hohe Kriminalitätsquote wurden der Öffentlichkeit zum erstenmal so deutlich vor Augen geführt (Fallmann, Verhandlungen, 152).

4) Eine weitergehende Bedeutung wird Art. 121 WRV nicht zuerkannt: Anschütz, Die Verfassung Art. 121; Stier-Somlo, Die Verfassung, 79,80; Giese, Die Verfassung Art. 121.

derte[1]; ein Gesetz, das die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder auf allen Rechtsgebieten[2] verbessern sollte, wurde zugesagt.

Die wirtschaftliche Situation nichtehelicher Mütter und Kinder bleib jedoch nicht der einzige Grund für Überlegungen zur Rechtsstellung des Vaters. 1920 gab Bückling[3] zu bedenken, daß man den Interessen des Vaters nicht gerecht werde, wenn man ihn mit Pflichten belaste, nicht aber z.B. in der Erziehung und der persönlichen Fürsorge mit Rechten bedenke. Dadurch "ertöte" man die natürliche Teilnahme an seinem Kind, anstatt sie zu wecken[4].

Fallmann[5] griff diesen Gedanken in seinem Referat für den 32. Deutschen Juristentag 1921 auf, der die Stellung des unehelichen Kindes und seiner Mutter auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts zu seinem Thema gemacht hatte.

---

1) Der weitergehende Antrag auf verfassungsrechtliche Verankerung einer Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder (Antrag des Abg. Dr. Katzenstein, Bericht und Protokolle, 32. Sitzung (28.5.1919)) scheiterte am Widerstand der konservativen Abgeordneten, die Ehe und Familie durch solche Bestrebungen gefährdet sahen (siehe z.B. den Diskussionsbeitrag des Abg. Dr. Mausbach, Bericht und Protokolle, 32. Sitzung (28.5.1919)). Zur Vorgeschichte des Art. 121 WRV siehe im einzelnen Arthur B. Schmidt, AcP 127 (1927), 210 (215).

2) Beispiele für die Verbesserung der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nach 1919 bei Arthur B. Schmidt, AcP 127 (1927), 210 (211, 212).

3) Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, 91, 92.

4) Einschränkend ist B. jedoch der Ansicht, daß, da es den Unehelichen an einem dauernden Verhältnis zum Vater fehle, dieser an ihnen auch nicht das Interesse haben könne, das er seinen leiblichen Nachkommen entgegenbringe, die er seinen Wünschen entsprechend leiblich und geistig fördern und erziehen könne (93).

5) Verhandlungen, 172.

Wichtiger war ihm jedoch die Untersuchung der Frage, warum in der Neuzeit, etwa im Gegensatz zum Mittelalter, die Gruppe der Nichtehelichen so stark durch Armut, Verwahrlosung, fehlende Bildung und Ausbildung und Kriminalität hervortraten. Aufgrund der Auflösung der großen Familiengemeinschaften stellte er zunächst eine allgemeine Verschlechterung der Existenzbedingungen für das Individuum fest[1]: es ist auf die individuelle Vorsorge seiner unmittelbaren Erzeuger angewiesen. Fallen diese aus, so hält zwar die neue Gesellschaft ein staatliches System organisierter Fürsorge bereit, um die ihr aus der Verwahrlosung einzelner Mitglieder drohenden Gefahren abzuwenden. Die Leistungen der öffentlichen Fürsorge schaffen jedoch nicht das "Schutzmilieu", das die Familie erzeugt. Hat sich so bereits die allgemeine Situation für den Einzelnen verschlechtert, so bedeutet das Abschneiden der rechtlichen Verbindung zum Vater eine zusätzliche Chancenverminderung: über die vermögensrechtliche Schlechterstellung hinaus bewirkt die Versagung der Rechtsbeziehung zum Vater eine gesellschaftliche Degradierung[2]. Das Zusammenwirken wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Nachteile könne nur dazu führen, daß unehelichen Kindern der Platz in der Gesellschaft versagt bleibe. Neben einer vermögensrechtlichen Besserstellung sei deshalb die Herstellung personenrechtlicher Rechtsbeziehungen zum Vater notwendig[3].

Die Vorschläge des Referenten Fallmann wurden weitgehend in den Beschlüssen des Juristentages[4] übernommen, die

---

1) ebd., 153.

2) ebd., 154.

3) ebd., 168.

4) Beschlüsse der 2. Abteilung des Deutschen Juristentages zum Thema: Die Stellung des unehelichen Kindes und seiner Mutter auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts in: Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, 226 - 229.

wiederum Eingang fanden in die Gesetzentwürfe der Regierung, die 1925[1] und 1929[2] den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt wurden. Insbesondere der Entwurf von 1925 sah die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Gewalt oder der Personensorge (wobei die Vertretung des Kindes einem Vormund obliegt) auf den Vater vor, wenn dies aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten erschien und eine Legitimation des Kindes nicht möglich war (§§ 1707 S. 2, 1707 b des Entwurfs). Die Personensorge konnte dem Vater verliehen werden, wenn gegen ihre Ausübung durch die Mutter Bedenken bestanden (§ 1707 e des Entwurfs). Dem nicht personensorgeberechtigten Elternteil wurde ein Verkehrsrecht eingeräumt, über dessen Ausübung im Streitfall das Vormundschaftsgericht zu entscheiden hatte (§ 1707 a S. 1 des Entwurfs)[3]. Dieser Gesetzesvorschlag,wie auch der von 1929, wurden jedoch nie Gesetz, da der Reichstag die Beratungen wegen der dringenden wirtschaftlichen Probleme zunächst zurückstellte und das Vorhaben nach der Auflösung des Reichstags liegenblieb. Auch die Nationalsozialisten änderten nichts an der bestehenden Rechtslage.

3) Die dem Erlaß des Nichtehelichengesetzes vorangehende Reformdiskussion

Bei der Beratung des Grundgesetzes wurde die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder erneut diskutiert. Wieder wurde beantragt, die nichtehelichen Kinder den ehelichen gleichzustellen[4]. Unter Hinweis auf die tatsächlichen Unterschie-

---

1) Reichsratsdrucksache Nr. 108/1925

2) Reichstagsdrucksache IV. Wahlperiode Nr. 733

3) Zum Inhalt des Entwurfs von 1925 siehe ausführlich Kipp, Zur Reform des Rechts.

4) Anträge der KPD- und SPD-Mitglieder des Parlamentarischen Rates in dessen 21. Sitzung am 7. 12. 1948 in: Parlamentarischer Rat, 239-254.

de der Situation ehelicher und nichtehelicher Kinder, den Schutz von Ehe und Familie durch die Verfassung (Art. 6 I GG) und die notwendigen umfangreichen Änderungen des BGB wurde dieser Forderung wiederum nicht entsprochen[1]. Statt dessen entschied man sich für den in Art. 6 V GG niedergelegten Auftrag[2] an den Gesetzgeber, die Rechtsstellung der unehelichen Kinder zu verbessern. Dies führte zwar in der Folgezeit in der Literatur zu einer intensiven Diskussion über die Reform. Erstmalig wurde hierbei vorgetragen, ob dem Vater nicht bereits aus Rechtsgründen personenrechtliche Befugnisse einzuräumen seien[3]. Das in Art. 6 II GG garantierte Elternrecht und die in Art. 3 II GG verankerte Gleichberechtigung wurden zur Begründung dieser These angeführt. Obwohl der Deutsche Juristentag bereits 1962 in seinen Beschlüssen[4] erkennen ließ, daß nach seiner Ansicht bei einer weiteren Verzögerung der Reform Art. 6 Abs. 5 GG durch die Gerichte ausgeführt werden würde, sah sich der Gesetzgeber zunächst noch nicht verpflichtet, seinem Auftrag aus Art. 6 V GG nachzukommen. Erst als das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 29. 1. 1969[5] ihm eine Frist setzte, das Außerkrafttreten des alten Rechts androhte und eine anschließende Rechtsschöpfung der Gerichte in Aussicht stellte, beschloß der Bundestag das jetzt geltende Nichtehelichengesetz.

---

1) Fundstelle s. Fn. 4) S. 10

2) So die h.M. zum Rechtscharakter des Art. 6 V GG: Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 6 Rdz. 45; Leibholz-Rinck, GG Art. 6 Rdz. 9; BVerfG, Beschl. v. 23.10.1963, BVerfGE 17, 148 (155); Beschl. v. 29.1.1969, BVerfGE 25,167 (173).

3) Dölle, JZ 1953, 353 (362); Schlosser, NJW 1963, 601 (624); Bosch, FamRZ 1961, 457 (458); Finke, NJW 1953, 601 (613). Für die sich nicht speziell mit verfassungsrechtlichen Fragen befassende Literatur wird auf das umfangreiche Schrifttumsverzeichnis bei Dölle, Familienrecht Bd. II, 348-350 verwiesen.

4) FamRZ 1962,401.

5) BVerfGE 25, 167 (173)

4) Die personenrechtliche Stellung des Vaters nach dem Nichtehelichengesetz vom 1. 7. 1970

An der Stellung des Vaters hat sich durch dieses Gesetz folgendes geändert: Gegen den Willen der Mutter des jetzt als nichtehelich[1] bezeichneten Kindes kann der Vater, der das Kind anerkannt hat (§ 1600 a) oder der gerichtlich festgestellt worden ist (§ 1600 n), den persönlichen Kontakt mit seinem Kind durchsetzen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient (§ 1711 BGB). Vor bestimmten Entscheidungen soll das Vormundschaftsgericht den Vater hören, wenn eine solche Anhörung dem Wohl des Kindes zu dienen geeignet ist (§ 1712 BGB). Speziell bei der Adoption des Kindes soll das Vormundschaftsgericht den nichtehelichen Vater hören, ohne daß die Eignung der Anhörung für das Wohl des Kindes vorher festgestellt werden müßte (§ 1747 a BGB). Ein Anspruch des Vaters auf Auskunft wurde nicht geregelt, seine Entwicklung wurde bewußt der Rechtsprechung überlassen[2].

Weitergehende Rechte, insbesondere hinsichtlich der elterlichen Gewalt, kann der Vater nur erwerben, indem er das Kind adoptiert, für ehelich erklären läßt oder durch Heirat mit der Mutter legitimiert. Das bisher nur nach der Rechtsprechung bestehende Recht des nichtehelichen Vaters

---

1) Ob mit der neu eingeführten Bezeichnung "nichtehelich", die z.T. für weniger abwertend als "unehelich" angesehen wird (siehe Nachweise bei Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, 88) etwas zur Veränderung der Einstellung der Gesellschaft gegenüber den Betroffenen beigetragen wird, bleibt abzuwarten.
Zum gleichgelagerten Benennungsproblem in den USA: Krause, Illegitimacy, 22: "Indeed, nomenclature carries with it the danger that a legislature, having outlawed an unpleasant word, may come to think it has solved an unpleasant problem".
Zur Einstellung der Gesellschaft gegenüber den Nichtehelichen siehe Lautmann u.a., Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (1972), 83-100.

2) Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, 289; Lange, NJW 1970, 297 (303).

zur Adoption des eigenen Kindes wurde in diesem Zusammenhang positiv geregelt (§ 1742 a BGB). Die Ehelicherklärung des Kindes wurde für den mit einer anderen Frau verheirateten Vater insofern erleichtert, als deren Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen nunmehr ersetzbar ist (§ 1727 BGB)[1].

II. Österreich

1) Das bis zum Erlaß des ABGB geltende Recht

Aufgrund der Rechtssetzung Josephs II., die Ausdruck seiner Hinwendung zur Aufklärungsphilosophie war, schien es 1786, als ob die rechtlichen Probleme der unehelichen Kinder nunmehr weitgehend beseitigt wären. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts hatte er durch Hofdekret vom 24. Juni 1783 bestimmt, daß die Benachteiligung der Unehelichen in den öffentlichen Diensten und im Handwerk sowie generell bei jeder Beweisführung aufgehoben sei. Auf dem Gebiet des Privatrechts regelte er 1786 in § 16 des IV. Hauptstücks seines Gesetzbuches, daß Kinder unverheirateter Eltern den ehelichen Kindern gleich zu achten seien. Nur Kinder von Eltern, die wiederum mit dritten Personen verheiratet waren, galten als unehelich.

Für diese Kinder überließ § 12 des Josephinischen Gesetzbuches dem Vater die Bestimmung darüber, ob sie bei ihm oder bei der Mutter untergebracht werden sollten; für den Fall des Aufwachsens beim Vater stand diesem die väterliche Gewalt zu[2].

---

1) Außer den oben dargestellten Bestimmungen hat das NEG die Vorschriften über die Abstammung (§§ 1600a-1600o), das Unterhaltsrecht (§§ 1615a-1615o), das Namensrecht (§§ 1617,1618) und das Erbrecht des nichtehelichen Kindes (§§ 1934a-e) neu geregelt.

2) Eine ausführlichere Darstellung der Reformen Josephs II. findet sich bei Conrad, FamRZ 1962,322(322).

Nach dem Tode Josephs II. zeigte sich, daß der Kaiser in der Frage der Regelung des Rechts der unehelichen Kinder den Anschauungen seiner Zeit weit vorausgeeilt war; die Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen auf dem Gebiet des Privatrechts wurde wieder rückgängig gemacht.

2) Die personenrechtliche Stellung des Vaters nach dem ABGB von 1811

In der bis zum 1. 7. 1971 geltenden Fassung verpflichtete und berechtigte das ABGB in § 169 Satz 2 den Vater, im Falle der Gefahr für das Wohl des Kindes durch die mütterliche Erziehung dieses von der Mutter zu trennen und zu sich zu nehmen bzw. anderweitig unterzubringen. Diese Vorschrift wurde auch im Fall des Todes der unehelichen Mutter für anwendbar erklärt[1]. Hatte der Vater das Kind rechtmäßigerweise zu sich genommen, standen ihm, wie der Mutter, alle Befugnisse zu, die zum Zweck der Erziehung notwendig waren. Wie die Mutter wurde er nicht Inhaber der sog. väterlichen Gewalt: die Vertretung des Kindes und gegebenenfalls die Vermögensverwaltung oblag einem Vormund (§ 166 ABGB). Allerdings bestand gem. § 19 JWG die Möglichkeit, die Vormundschaft einem Einzelvormund zu übertragen, der auch der uneheliche Vater sein konnte, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht entgegenstand bzw. besser entsprach als eine Vormundschaft des Jugendamtes[2]. Ein Anspruch des unehelichen Vaters auf persönlichem Verkehr mit seinem Kind sah das ABGB nicht vor. In analoger Anwendung des § 142 Abs. 1 Satz 2 ABGB[3]

---

1) Wentzel/Plessl in Klang, Kommentar § 169 IV 1)

2) Wentzel/Plessl in Klang, Kommentar Vorbem. zu den §§ 165 bis 171 I 2) Fn. 2 und 3 m.w.N.

3) § 142 Abs. 1 ABGB lautet: "Wenn bei Scheidung oder Trennung der Ehe die Ehegatten nicht mit Zustimmung des Gerichtes eine Vereinbarung über die Pflege und Erziehung der Kinder getroffen haben, so hat das Gericht unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Falles mit Bedacht auf die Interessen der Kinder, auf Beruf, Persönlichkeit und Eigenschaften der Ehegatten und auf die Ursache der Scheidung oder Trennung zu entscheiden, ob alle oder welche Kinder dem Vater oder der Mutter zu überlassen sind. Der andere Ehegatte behält dessenungeachtet die Befugnis, mit dem Kind persönlich zu verkehren.

wurde jedoch mit der Begründung, daß das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen dem unehelichen Vater ein Erziehungsrecht einräume und das Verhältnis zwischen ihm und seinem Kind als verwandtschaftliches auffasse, dem unehelichen Vater ein Recht zum Besuch seines Kindes zugestanden[1]. Ein Recht auf Anhörung bei wichtigen Entscheidungen und auf Information durch die Mutter war nicht gewährleistet; soweit ersichtlich, wurde es auch nicht von der Rechtsprechung begründet. Zur Herstellung voller personenrechtlicher Beziehungen standen die Institute der Legitimation (§§ 160-162 ABGB) und die Adoption (§ 179ff.A BGB) zur Verfügung.

Die Regelung des ABGB blieb mehr als 100 Jahre unverändert. Die 1914 in der 1. Teilnovelle vorgenommenen Korrekturen betrafen lediglich vermögensrechtliche Ansprüche des Kindes. Auch die Verbesserungsvorschläge, die in der Anfangszeit nach dem 2. Weltkrieg gemacht wurden, beschränkten sich auf den Unterhalt und das Verwaltungsverfahren in Kindschaftssachen[2], z.T. wurde das Bedürfnis nach einer Reform überhaupt abgestritten[3]. Erst das Adoptionsgesetz vom 17. 2. 1960[4] befaßte sich wieder mit den personenrechtlichen Rechten des Vaters; es räumte dem nichtehelichen Vater, dessen Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt worden war, ein Anhörungsrecht bei der Adoption seines Kindes durch Dritte ein (§ 181 a Abs. I ABGB)[5].

---

1) OGH 12. 9. 1946 EF-Slg. I 1114; OGH 26. 6. 1968 EF-Slg. V 9997; LGZ Wien 13. 2. 1946 EF-Slg. I 1113; LGZ Wien 2. 4. 1965 EF-Slg. II 4450.

2) Melzer ÖJZ 1952, 87-90; umfassender Steininger, ÖJZ 1962, 124 - 126.

3) Beitner, JBl. 1954, 106 (108).
Zur verfassungsrechtlichen Seite des Nichtehelichenproblems in Österreich: eine dem Art. 121 WRV oder Art. 6 V GG entsprechende Vorschrift gibt es im österreichischen B-VG. nicht. Das Verbot der Benachteiligung nichtehelich Geborener gegenüber ehelich Geborenen wird aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 7 B-VG. hergeleitet (Adamovich, Handbuch, 437 Fn. 1; Bartsch in Klang, Kommentar, I, 1. Halbband § 155 I).

4) BGBl. Nr. 58.

5) Zum neuen österreichischen Adoptionsrecht siehe Schwimann, FamRZ 1973, 345-355.

1963 legte das Bundesministerium der Justiz der Öffentlichkeit einen ersten Reformentwurf zum Recht der unehelichen Kinder vor, dem im Laufe der Jahre fünf weitere folgten. Auch sie sahen zum Thema der personenrechtlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind keine wesentlichen Änderungen vor, ohne daß dies in der Literatur kritisiert worden wäre[1]. Lediglich das im ersten Entwurf von der pünktlichen Zahlung des Unterhalts abhängig gemachte Besuchsrecht des Vaters stieß offenbar bei einigen Autoren auf Widerstand mit dem Erfolg, daß diese Vorschrift in den weiteren Entwürfen nicht mehr enthalten war. Grundgedanke der Entwürfe, insbesondere der Regierungsvorlage[2], war, die Beziehungen des Kindes zu seinem Vater enger zu gestalten, um damit dem "biologischen Naheverhältnis" zu entsprechen und eine wichtige Voraussetzung für die gute Entwicklung des Kindes zu schaffen. Speziell mit einem Meinungsäußerungsrecht sollte der ungünstigen seelischen Einstellung vieler Väter entgegengewirkt werden, die "nicht ohne eine gewisse Bitternis das Gefühl haben, nur zur Leistung des Unterhalts verpflichtet zu sein, aber keine Rechte zu haben"[3]. Dieser Absicht hielt Gschnitzer[4] allerdings entgegen, daß - solange der Vater seine Ansicht gegenüber der Mutter nicht durchsetzen könne -

---

1) Siehe etwa die ansonsten sehr kritischen Aufsätze von Sperl, ÖJZ 1964, 141-145 und Hiltscher, ÖJZ 1965, 141-148 (mit anschließender Entgegnung von Edlbacher) wo lediglich die nach der Meinung des Autors zu detaillierte Regelung der persönlichen Eltern-Kind-Beziehung angegriffen wird, die H. lieber in Form einer flexiblen Generalklausel geregelt sehen will. Nur Gschnitzer, JBl. 1966, 393 (395) äußert sich ablehnend zu dem Äußerungsrecht des Vaters und der Regelung der Personensorge, wie er auch im ganzen den Vorschlägen nichts Positives abzugewinnen vermag. (S. 398: "So habe ich grundsätzlich zum Entwurf zu sagen, daß er einen falschen Weg einschlägt.")

2) Gschnitzer, JBl. 1966, 393 (393)

3) S. Fn. 2) (395)

4) S. Fn. 2)

die vorgesehene Art der Befragung wohl mehr als eine Belästigung aufgefaßt werden würde.

3) Die durch das Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes eingetretenen Änderungen

Das am 1. 7. 1971 in Kraft getretene Gesetz[1] ändert nur wenig an der bisherigen Rechtsstellung des unehelichen Vaters. Wie bisher begründet es ein subsidiäres Pflege- und Erziehungsrecht des Vaters, dessen Vaterschaft festgestellt ist, wenn die Mutter dazu nicht imstande ist oder ihr das Recht dazu vom Gericht entzogen worden ist (§ 170 Abs. 1 Satz 3 ABGB). Die bereits früher von Literatur und Rechtsprechung[2] vorgesehene Übernahme der Einzelvormundschaft durch den unehelichen Vater ist positiv geregelt worden (§ 198 Abs. 2 ABGB); eine Übertragung ist möglich, wenn sich der Vater in der Pflege und der Erziehung des Kindes bewährt hat. Auch das in § 170 a Abs. 1 Satz 2 ABGB festgestellte Recht des Vaters auf persönlichen Verkehr mit dem Kind ist nur die gesetzliche Fixierung bereits bestehenden Richterrechts[3]. Neu geschaffen hat der Gesetzgeber nur das Recht zur Meinungsäußerung in bestimmten Angelegenheiten, § 170 Abs. 2 ABGB:

> "Steht die Sorge für die Pflege und die Erziehung des Kindes der Mutter zu, so hat der Vater, dessen Vaterschaft festgestellt ist, das Recht, zu einzelnen wichtigen Maßnahmen, die die Sorge für das Kind betreffen, besonders Schulbildung, Berufsausbildung, religiöse Erziehung, Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland, Übergabe in fremde Pflege oder Einwilligung in die Eheschließung, seine Meinung in angemessener Frist zu äußern; die Mutter hat diese Äußerung zu be-

---

1) BGBl. 1970/342

2) S. Fn. 1) S. 14

3) Siehe Fn. 1 S. 15

rücksichtigen, wenn der von ihrem Willen abweichende Wunsch des Vaters dem Wohl des Kindes besser entspricht" 1).

III. Schweiz

1) Das kantonale Recht bis 1912

Die am Anfang des 19. Jahrhunderts einsetzende kantonale Gesetzgebung fand in den Kantonen das sogenannte Paternitätssystem vor: konnte der Vater eines außerehelichen Kindes festgestellt werden, wurde es ihm einem ehelichen Kind vergleichbar zugeordnet[2]. Diese Wirkungen waren ursprünglich den Brautkindern vorbehalten gewesen[3]; später wurden sie jedoch auf alle Kinder unbescholtener Mütter ausgedehnt[4]. Das hatte offenbar den Erfolg, daß häufig die Feststellung einer Vaterschaft unter Zuhilfenahme falscher Beweise betrieben

---

1) Ausführlich zum neuen Unehelichenrecht in Österreich Kralik, JBl. 1971, 273-283; Ent, ÖJZ 1972, 505-512; in deutschen Zeitschriften Niclas, ZBlJR 1971, 166-171; Zemen, FamRZ, 1973, 355-363 mit Fortsetzungen; Edlbacher, StAZ 1971, 265-269.

2) Egger, Familienrecht Art. 302 Rdz. 3; Huber, Schweiz. Privatrecht IV, 539/540; Mohr, Vaterschaftsklage, 15. Zu den Einzelheiten des kantonalen Rechts vor der Kodifikation s. Huber, Schweiz. Privatrecht I, 488 ff.

3) Grund für die Bevorzugung der Brautkinder war, daß bis zum Erlaß bundesrechtlicher Bestimmungen, die die Freiheit der Eheschließung bis zur Trauung vorschrieben, in der Schweiz weithin ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Eingehung der Ehe aus dem Verlöbnis bestand, Huber, Schweiz. Privatrecht I, 189; IV, 539; Egger, Familienrecht Art. 91 Rdz. 2.

4) Das selbst dann, wenn nicht einmal mehr der Anschein eines Eheversprechens angenommen werden konnte (Huber, Schweiz. Privatrecht IV, 539).

wurde[1]. Auch zur Behebung dieser aufgetretenen Mißstände entschieden sich deshalb die meisten Kantone - angelehnt an das Vorbild des Code Napoléon von 1804 - für ein abgemildertes Maternitätssystem. Danach wurde das Kind rechtlich der Mutter zugeordnet; die Vaterschaftsklage war zwar noch zugelassen, zog jedoch bei Erfolg nur die Unterhaltspflicht des Vaters nach sich[2].

Da einige Kantone sich dieser Regelung nicht angeschlossen hatten, trat eine Rechtszersplitterung ein, die die Rechtsverfolgung außerordentlich erschwerte. Dieser als unbefriedigend empfundene Zustand veranlaßte den Gesetzgeber am Ende des 19. Jahrhunderts, die Ausarbeitung einer für die gesamte Schweiz geltenden Kodifikation in Auftrag zu geben[3].

Der von Huber ausgearbeitete Vorentwurf, der nahezu unverändert 1912 in Kraft trat und noch heute gilt, setzte sich zum Ziel, die Rechtsstellung der außerehelichen Kinder zu verbessern, um den Ansprüchen der menschlichen Solidarität gerecht zu werden[4]. Das außereheliche Kind solle als vollwertiges Mitglied in die Gesellschaft aufgenommen werden, die aus seiner natürlichen Abstammung folgende Rechtsstellung dürfe ihm deshalb nicht vorenthalten werden. Die Gleichstellung mit ehelichen Akommen sei deshalb jedenfalls so-

---

1) Mangels naturwissenschaftlicher Vaterschaftsnachweise war man auf Zeugenaussagen und Eidesleistungen angewiesen; ein Umstand, der bei den weitreichenden Folgen der Vaterschaftsfeststellung offenbar häufig ausgenutzt wurde (Mohr, Vaterschaftsklage, 23; Gmür, ZBJV 35 (1899), 545-548).

2) Mohr, Vaterschaftsklage, 23; Huber, Schweiz. Privatrecht I, 489.

3) Huber; Erläuterungen zum Vorentwurf, 3-5.

4) Egger, Familienrecht Art. 302 Rdz. 5. Daß durch die beabsichtigte Reform auch eine Entlastung der öffentlichen Fürsorge eintreten würde, war,wenn nicht beabsichtigte, so doch sicher begrüßte Nebenfolge des Reformwerks.

weit vorzunehmen, als es die Interessen der Ehe und der legitimen Nachkommen zuließen[1].

2) Die Rechtsstellung des außerehelichen Vaters nach dem ZGB

Das Gesetz räumt den außerehelichen Kindern im Verhältnis zu ihrer Mutter dieselbe Rechtsstellung ein wie den ehelichen Kindern[2]. Im Verhältnis zum Vater wird auf eine mögliche Unsicherheit der Vaterschaft Rücksicht genommen: umfassende Rechtsbeziehungen werden nur dann hergestellt, wenn mit einer gewissen Sicherheit von der Vaterschaft des in Anspruch genommenen Mannes ausgegangen werden kann. Das ist nach Auffassung des schweizerischen Gesetzgebers einmal dann der Fall, wenn ein Vaterschaftsanerkenntnis abgegeben wurde (Art. 325 ZGB), zum anderen, wenn der in Anspruch Genommene der Mutter die Ehe versprochen hatte oder sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens schuldig gemacht oder ein Abhängigkeitsverhältnis mißbraucht hatte (Zusprechung mit Standesfolge gem. Art. 323 ZGB). Liegt weder ein Vaterschaftsanerkenntnis noch eine Zusprechung mit Standesfolge vor, beschränken sich die Rechtsbeziehungen zwischen Vater und Kind auf die Unterhaltspflicht des Vaters (Art. 319 ZGB). Anerkennung und Zusprechung mit Standesfolge verpflichten den außerehelichen Vater, für das Kind wie für ein eheliches zu sorgen (Art. 325 Abs. 2 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde kann ihm die elterliche Gewalt und die Vermögensverwaltung übertragen (Art. 325 Abs. 3, Art. 327). Die Entscheidung darüber liegt im Ermessen der Behörde, die sich dabei vom Kindeswohl leiten lassen muß[3]. Da die elterliche Gewalt dem Vater nur übertragen werden darf, wenn er Gewähr bie-

---

1) Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf, 239.
2) Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf, 240.
3) Egger, Familienrecht Art. 325 Rdz. 13.

tet für eine pflichtgetreue Ausübung, wird in den Fällen der Zusprechung mit Standesfolge eine Übertragung der elterlichen Gewalt kaum stattfinden[1].

Entgegen dem Wortlaut des Art. 326 Abs. 1 ZGB, der lediglich ein Recht der Mutter auf persönlichen Verkehr mit dem Kind vorsieht, wenn es unter der elterlichen Gewalt des Vaters steht, spricht die h.M. in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung auch dem Vater ein entsprechendes Recht zu, wenn die Mutter die elterliche Gewalt innehat[2] und auf Seiten des Vaters entweder eine Anerkennung oder eine Zusprechung vorliegt. Begründet wird diese Ansicht damit, daß durch Anerkennung und Zusprechung ein personenrechtliches, verwandtschaftliches Verhältnis entstehe; das Kind gehöre jetzt auch der Familie des Vaters an[3]. Bei der Adoption des Kindes war bis 1972 die Zustimmung des Vaters erforderlich, wenn er Inhaber der elterlichen Gewalt war; andernfalls stand ihm jedenfalls ein Anhörungsrecht zu (Art. 265 II ZGB)[4]. Seit dem 30. 6. 1972 ist die Zustimmung des Vaters unabhängig davon notwendig, ob er die elterliche Gewalt innehat. Von ihr kann nur bei bewiesenem Desinteresse abgesehen werden (§ 265 a ZGB)[5]. Von dieser Zustimmung abgesehen ist der Inhaber der elterlichen Gewalt nach schweizerischem Recht nicht durch Anhörungs- oder Mitentscheidungsbefugnisse des anderen Teils beschränkt.

Rechte und Pflichten ehelicher Vaterschaft können durch Legitimation (Heirat der Mutter gem. Art. 258 ZGB) und richterliche Ehelicherklärung von Brautkindern gem. Art. 260 ZGB erworben werden.

---

1) Egger, Familienrecht Art. 325 Rdz. 13.

2) Egger, Familienrecht Art. 326 Rdz. 1; Tuor, Zivilgesetzbuch, 247 (nur bei Zusprechung mit Standesfolge); obiter dictum des Schweiz. Bundesgerichts im Urteil v. 24.5.1961, BGE 87 I 212.

3) Egger, Familienrecht Art. 326 Rdz. 1.

4) Egger, Familienrecht Art. 265 Rdz. 2, 3.

5) Siehe dazu ausführlicher S. 25/26.

3) Die Reaktion auf das Außerehelichenrecht des ZGB und frühe Reformvorschläge

Bei seinem Inkrafttreten wurde das Außerehelichenrecht des ZGB sehr positiv aufgenommen[1]; im Vergleich mit den entsprechenden Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs hielt man die Regelung des ZGB für weitaus gerechter[2].

Diese Beurteilung änderte sich lange Zeit kaum, Reformwünsche wurden nur vereinzelt[3] vorgetragen und beschäftigten sich nicht mit den persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Vater und Kind. Nach vier erfolglosen Bundesratspostulaten[4] wurde das Thema Außerehelichenrecht 1957 von Nehrwein[5] wieder aufgegriffen, der sich unter anderem mit der gesetzlichen Verstärkung der Beziehungen zwischen Vater und Kind und der Lockerung der Voraussetzungen für die Zusprechung mit Standesfolge auseinandersetzte[6].

Die intensive Befassung der Öffentlichkeit mit dem Recht der außerehelichen Kinder führte 1958 zur Einsetzung einer "Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts" unter

---

1) Rümelin, Der Vorentwurf, 3-5.

2) Gmür, ZBJV 35 (1899),545 (552/553); Rümelin, Der Vorentwurf, 44; zahlreiche detaillierte Äußerungen zum Vorentwurf finden sich bei Mohr, Die Vaterschaftsklage, 29-35.

3) Siehe z. B. das 1926 dem Bundesrat vorgelegte Postulat Oprecht, die Diss. Sandmeyer (Verbesserung des Ehelichkeitsanfechtungsrechts) und die Diss. Nehrwein (Verbesserung des Unterhaltsrechts) und die Revisionsanträge der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder v. 1934, 1935, 1951 und 1955.

4) V. Rothen 1950, Grendelmeier 1954, Huber 1955, Gitermann 1957.

5) SJZ 1957, 177-184.

6) S. 179.

Vorsitz von Grossen, die 1962 einen Bericht[1] vorlegte. Die Kommission gelangte zu dem Ergebnis, daß für eine grundsätzliche Reform des Nichtehelichenrechts kein Bedürfnis bestehe; lediglich einzelne Modifikationen seien erforderlich. Im Bereich der persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem nichtehelichen Vater und seinem Kind beschränkte sich die Kommission auf eine Diskussion über die gesetzliche Regelung des Besuchsrechts des außerehelichen Vaters. Auch die Referenten des 99. Schweizerischen Juristentages von 1965 behandelten auf dem Sektor der personenrechtlichen Beziehungen nur wiederum dieses Thema. Hauptreferent Hegnauer sprach sich gegen ein generelles Besuchsrecht des außerehelichen Vaters aus. Eine Einmischung des Vaters in die Erziehung des Kindes könne nur verhindert werden, wenn das Recht zum persönlichen Kontakt von der Bewilligung durch die Vormundschaftsbehörde abhängig gemacht werde[2]. Korreferent Lalive befürwortete eine Beschränkung des Rechts auf persönlichen Umgang auf die Väter, die ihr Kind freiwillig anerkannt haben[3]. Von der Seite der vormundschaftsbehördlichen Praxis[4] wurde der in Deutschland und Österreich zutagegetretenen Tendenz zur Stärkund der Stellung des nicht sorgeberechtigten Elternteils gegenüber dem sorgeberechtigten mit fürsorgerischen Bedenken

---

1) Der Inhalt des unveröffentlichten Berichts wird dem Aufsatz von Bosch, FamRZ 1970, 157-167 = Basler Jur. Mit. 1970, 101-133 entnommen.

2) ZfSR 84,2 (1965), 12 (165).

3) ZfSR 84,2 (1965),543 (794); Lalive sieht die beste Lösung des Nichtehelichenproblems - abgesehen von den Fällen der freiwilligen Anerkennung des Kindes - in der Beschränkung des Vaters auf die Position des Unterhaltsschuldners. Er befürwortet deshalb auch die Abschaffung der Vaterschaftsfeststellung mit Zusprechung der Standesfolge (Art. 323 ZGB) (von der bereits tatsächlich kaum Gebrauch gemacht wird). S. 789, ebenso in ZZW 1966, 332 (421 unten).

4) Spitzer, SJZ 1966, 17 (18).

entgegentreten. Auch die gesetzlich verankerte Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater wurde aus der vormundschaftsbehördlichen Erfahrung heraus zur Abschaffung empfohlen.

4) Der Vorentwurf III

Neue Wege auf dem Gebiet des Nichtehelichenrechts hat die vom Schweizer Bundesrat eingesetzte Expertenkommission zur Revision des Familienrechts beschritten. Nach dem von ihr ausgearbeiteten Vorentwurf III[1] erscheint das Nichtehelichenrecht nicht mehr als selbständiges Teilrechtsgebiet des Familienrechts, sondern ist einbezogen in das Recht der sogenannten Sozialwaisen, zu denen auch die Kinder geschiedener und getrennt lebender Ehepaare gehören[2]. Es wird also nicht mehr an die Geburt innerhalb oder außerhalb einer Ehe angeknüpft, sondern an das Aufwachsen mit oder ohne vollständige Familie. Fragen, die sich für Sozialwaisen gleich stellen, werden auch im wesentlichen gleich behandelt, z.B. die Unterhaltspflicht, die elterliche Gewalt und der persönliche Verkehr. Die Expertenkommission ist der Ansicht, daß diese Lösung die Gleichstellung mit den ehelichen Kindern verwirklicht, soweit diese nach der Natur der Sache überhaupt möglich ist, und im übrigen sachgemäßer ist als der Dualismus von Ehelichkeit und Nichtehelichkeit[3].

---

1) Der Text des Vorentwurfs hat mir leider nicht vorgelegen. Für seinen Inhalt beziehe ich mich auf die Referate von Hegnauer, Grossen, Blunschy-Steiner und Schlatter anläßlich des Symposiums zur Revision des Familienrechts am 18./19.4.1972 in Bern, veröffentlicht in Pro Iuventute 1972, 239-259 und den Aufsatz von Hausheer, ZBJV Bd. 109 (1973), 257 (263 ff.). Ein Gesetzentwurf mit dem wesentlichen Inhalt des VE III wird nach Ansicht von Hausheer, ZBJV Bd. 109 (1973), 257 (263) den schweizerischen Gesetzgebungskörperschaften noch 1973 zugeleitet werden.

2) Dieser Gedanke war bereits 1963 von Neuhaus (FamRZ 1963, 326) in die Reformdiskussion in Deutschland eingeführt worden, er setzte sich jedoch nicht durch.

3) Hegnauer, Pro Iuventute 1972, 239 (241).

Der Vorentwurf beseitigt das bisherige Nebeneinander von bloßer Zahlvaterschaft und der Herstellung verwandtschaftlicher Beziehungen zugunsten einer Einheitsvaterschaft. Den nur unterhaltszahlenden Vater soll es nicht mehr geben; die Verantwortung des Vaters für das Kind soll der der Mutter entsprechen[1]. Die elterliche Gewalt wird grundsätzlich der Mutter zugestanden, dem außerehelichen Vater kann sie jedoch bei Unfähigkeit der Mutter oder nach Entzug durch die Vormundschaftsbehörde übertragen werden, sofern die Interessen des Kindes damit genügend gewahrt sind. Auch das Besuchsrecht soll - in den Schranken des Kindeswohls - jedem Elternteil zustehen, der nicht die elterliche Gewalt hat.

Die Expertenkommission verkennt nicht, daß das Problem der Sozialwaisen - die Familienlosigkeit - damit nicht gelöst ist[2]. Sie fördert deshalb die Plazierung eines solchen Kindes in vollständige Familien durch besseren Schutz der Stief- und Pflegeeltern gegen willkürliche Wegnahme durch die leiblichen Eltern und regelt ihre Befugnisse gegenüber den leiblichen Eltern[3]. In dem bereits in Kraft getretenen neuen Adoptionsrecht wird die vollständige Integration des Kindes in die neue Familie rechtlich abgesichert[4]. Neu geregelt und bereits geltendes Recht[5] ist auch die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit der Adoption. Grundsätzlich bedarf die Adoption der Zustimmung von Mutter und Vater[6] (Art 265 a ZGB). Ausnahmen von dieser Wirksamkeitsvoraussetzung werden

---

1) Blunschy-Steiner, Pro Iuventute 1972, 252 (253).

2) Hegnauer, Pro Iuventute 1972, 239 (245).

3) Grossen, Pro Iuventute 1972, 246 (249).

4) Siehe dazu Hausheer, ZBJV 1973, 257 (260/263).

5) Bundesgesetz über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321) v. 30. Juni 1972, Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1972, 2819.

6) Solange noch die Unterscheidung zwischen Anerkennung mit und ohne Standesfolge gilt, braucht der Vater, der ohne Standesfolgewirkung anerkannt hat, nicht zuzustimmen, Eichenberger, NZZ v. 17. 6. 1972 (Fernausg. Nr. 162), 37.

nicht unter dem Gesichtspunkt der ehelichen oder nichtehelichen Elternschaft gemacht, sondern nach dem vorher bewiesenen Interesse am Kind: von der Zustimmung eines Elternteils kann abgesehen werden, wenn er unbekannt, mit unbekanntem Aufenthalt länger verzogen oder dauernd urteilsunfähig geworden ist, oder wenn er sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert hat (Art. 265 ZGB).

IV. Frankreich

1) Die Regelung des code civil von 1804

Der 1804 in Kraft getretene code civil brachte gegenüber dem bis dahin geltenden aufgezeichneten Gewohnheitsrecht, insbesondere der coutume von Paris, wenig Änderungen[1]. Sein Bestreben war, die in den einschlägigen Gesetzen aus der Zeit der Revolution nach damaliger Ansicht zutage getretene übertriebene Nachsicht gegenüber den unehelichen Kindern wieder rückgängig zu machen[2], die sich in der rechtlichen Gleichstellung mit den ehelichen Kindern gezeigt hatte (Dekret vom 12. brumaire des Jahres II, 2. 11. 1793)[3].

---

1) Zu den französischen Partikularrechten vor Erlaß des code civil siehe Schmidt-Hidding, Die Stellung des unehelichen Kindes, 22-30.

2) Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. I, 26.

3) Ausgenommen von der Gleichstellung waren auf erbrechtlichem Gebiet Kinder aus Ehebruch. Ihnen wurde beim Erbfall zur Sicherstellung ihres Unterhalts ein Betrag von einem Drittel der ihnen als Erbe zustehenden Summe zugewiesen. Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. VI, 634. Auch im übrigen enthält das Dekret nicht eine allzu weitgehende Verbesserung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder: die Gleichstellung mit den ehelichen Kindern trat nur ein, wenn die Elternschaft durch freiwilliges Anerkenntnis nachgewiesen war. Planiol, Ripert, Rouast, Traité de droit civil, Tome II, 598.

Die Idee der starken Familie als Grundlage eines starken Staates, die Napoleon bei der Ausgestaltung des code civil vorschwebte[1], mußte dazu führen, die Rechte der unehelichen Kinder so weit wie möglich zu beschneiden: Rechtsbeziehungen zwischen einem unehelichen Kind und seinen Eltern wurden nur durch eine freiwillige Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Elternschaft hergestellt (sog. Anerkennungssystem). Im Falle ehebrecherischer oder blutschänderischer Abstammung waren Anerkennung oder gerichtliche Feststellung weder hinsichtlich der Mutter noch des Vaters zulässig (art. 335, 342 cc); diese Kinder konnten also keinerlei Rechtsbeziehungen zu ihren Eltern herstellen. Eine Anerkennung war nur dann zulässig, wenn sie weder den Ehegatten des Anerkennenden noch den Kindern aus einer der Geburt des unehelichen Kindes nachfolgenden Ehe mit einem Dritten zum Schaden gereichte (art. 337 cc).

Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung war grundsätzlich verboten (art. 340 cc); eine Ausnahme galt für den Fall der Entführung der Mutter. Demgegenüber war die gerichtliche Feststellung der Mutterschaft zulässig (art. 341 cc).

Nach Herstellung von Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und seinen Eltern bestand jedoch nicht ein dem ehelichen Eltern-Kind-Verhältnis vergleichbarer Zustand: art. 338 cc sah ausdrücklich vor, daß ein uneheliches, anerkanntes Kind auf die Rechte eines ehelich geborenen keinen Anspruch habe. Dies äußerte sich unter anderem darin, daß solchen Eltern nicht die "väterliche Gewalt", die "puissance paternelle" zustand. Lediglich einzelne Befugnisse, z. B. das Züchtigungsrecht (art. 376 ff., 383 cc) und das Recht auf Zustimmung bei Heirat (art. 158 cc) standen ihnen zu. Im übrigen wurde für das

---

1) Zu den weiteren Motiven für die Neuregelung siehe Schmidt-Hidding, Die Stellung des unehelichen Kindes, 31-33.

Kind ein Vormund bestellt (art. 405 cc). Grund für diese Regelung war das Fehlen einer vollständigen Familie. Man ging davon aus, daß die Berechtigung für die aus der puissance paternelle fließenden Befugnisse der ehelicher Eltern darin lag, daß diese freiwillig bestimmte Pflichten für die Familie übernahmen. Mangels solcher Pflichten könne es auch keine entsprechenden Rechte geben[1]. - Eine Legitimation unehelicher Kinder war nur nach Anerkennung (soweit diese zulässig war) und nur durch Heirat möglich; sie begründete die volle Rechtsstellung ehelicher Kinder.

2) Die Reformen von 1907, 1912 und 1924

Durch Gesetz vom 2. 7. 1907 wurde die Regelung über die väterlicher Gewalt dahingehend geändert, daß derjenige Elternteil, der anerkannt hatte oder gerichtlich festgestellt war, die väterliche Gewalt über das Kind ausübte; im Falle einer beiderseitigen Anerkennung oder Feststellung fiel sie dem Vater zu. Von der gesetzlichen Regelung konnte ein Gericht jedoch im Einzelfall Abweichungen anordnen. Im Gegensatz zu den ehelichen Eltern umfaßte die puissance paternelle unehelicher Eltern nicht das Recht zur Verwaltung des Kindesvermögens. Diese Funktion konnte zwar auch von dem Inhaber der "puisance paternelle" ausgeübt werden; jedoch nur dann, wenn er gleichzeitig zum Vormund des Kindes bestellt war. Als Vormund unterlag er staatlicher Aufsicht (art. 389 cc). Durch Gesetz vom 16. 11. 1912 regelte der Gesetzgeber insbesondere das Recht der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung neu[2]. Das grundsätzliche Verbot der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung wurde abgelöst durch einen Katalog von Fällen, in denen die Nachforschung gestattet sein sollte (art. 340 cc).

---

1) Planiol, Ripert, Savatier, Droit civil français, Tome I, 395.

2) Zur Geschichte der Neuregelung siehe ausführlich Schmidt-Hidding, Die Stellung des unehelichen Kindes, 76.

Für Ehebruchskinder wurde 1924 die Möglichkeit der Legitimation geschaffen (art. 331 cc); ihre Anerkennung zu Zwecken der Legitimation wurde deshalb gestattet.

3) Die Verbesserung der Rechtsstellung der Ehebruchs- und Blutschandekinder im Jahre 1955

Durch Gesetz vom 15. 7. 1955 ergänzte der Gesetzgeber zunächst die Vorschrift über die Zulässigkeit der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsklage durch die unbeschränkte Feststellungsmöglichkeit bei arglistiger Verführung der Mutter. Auch die Beweisführung bei der Elternschaftsfeststellung wurde erleichtert. Gleichzeitig wurde ein Unterhaltsanspruch der nicht anerkennungsfähigen Ehebruchs- und Blutschandekinder gegen ihren Vater geschaffen[1) 2)].

Die Gerichte hatten bereits frühzeitig damit begonnen, den Vater trotz des Verbots der Erforschung der Vaterschaft wenigstens am Unterhalt des Kindes zu beteiligen, wenn die Vaterschaft als mit ausreichender Sicherheit festgestellt angesehen wurde. Es gab dazu zwei Wege: wenn die Mutter mit arglistigen Mitteln aufgrund eines Abhängigkeitsmißbrauchs oder eines Heiratsversprechens verführt worden war, gewährte man im Rahmen des Schadensersatzanspruchs der Mutter Unterhalt für das Kind, ohne daß die Vaterschaft ausdrücklich festgestellt worden war. Versprach der Vater schriftlich, freiwillig Unterhalt für das Kind zu zahlen, so sahen die Gerichte darin die Umwandlung einer Naturalobligation in einen zivilrechtlichen Anspruch und verschafften damit dem Kind eine durchsetzbare Forderung[3)]. Das Adoptionsrecht erfuhr

---

1) Zur Handhabung dieses Unterhaltsanspruchs in der Rechtsprechung siehe Klein, FamRZ 1959, 350.

2) Zur Reform von 1955 siehe ausführlich Mezger, FamRZ 1955, 273-277.

3) Aubry, Rau, Esmein, Droit Civil Français, Tome IX, 250 mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen, Schmidt-Hidding, Die Stellung des unehelichen Kindes, 71 Fn. 294, 296.

1958 entscheidende Änderungen. Wird ein uneheliches Kind adoptiert, so ist die Zustimmung jedes Elternteils erforderlich, der gerichtlich oder durch Anerkennung festgestellt ist, soweit dieses Recht nicht nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 24. 7. 1889 verwirkt ist[1] (art. 349 cc). Bei anderweitiger mißbräuchlicher Versagung der Zustimmung besteht gem. art. 252 cc seit 1963 die Befugnis des Gerichts, die nicht erteilte Zustimmung außer acht zu lassen. Neben der normalen Adoption war bereits 1939 die sog. "légitimation adoptive" geschaffen worden (art. 368 ff. cc). Hierbei handelt es sich um eine Adoptionsmöglichkeit für Ehegatten zugunsten von Kindern unter sieben Jahren, die keine Familie haben. Die Frage notwendiger Zustimmung vonseiten der Eltern tritt bei dieser Form der Adoption deshalb nicht auf.

4) Das Unehelichenrecht von 1970

Seit dem 4. 6. 1970 üben auch uneheliche, gesetzlich festgestellte Eltern die volle "puissance paternelle" über ihr Kind aus[2]. Sie steht demjenigen Elternteil zu, der anerkannt hat bzw. gerichtlich festgestellt worden ist (art. 374 cc). Ein freiwillig anerkennender Elternteil geht einem gerichtlich festgestellten bei einer beiderseitigen Anerkennung vor. Im Falle beiderseitiger freiwilliger Anerkennung wird die väterliche Gewalt von der Mutter ausgeübt. Die früher bestehende Priorität des Vaters bei beiderseitiger Anerkennung wurde aufgehoben wegen ihres Widerspruchs zur gesellschaftlichen Wirklichkeit und wegen des auf die Mutter ausgeübten Zwangs,

---

1) Insbesondere nach Begehung strafbarer Handlungen an dem Kind.

2) Die puissance paternelle umfaßt folgende Befugnisse: a) droit de garde et de direction, b) droit de correction, c) droit de jouissance legale, d) droit de l'administration légale (seit 1970), Mazeaud, Mazeaud, Leçons de droit civil, Tome I, no. 1144. Zum Inhalt der elterlichen Gewalt in Frankreich siehe auch Scheid, Fragen der elterlichen Gewalt, 2.

dem Vater bei der Anerkennung zuvorzukommen, wenn sie die Erziehung des Kindes übernehmen wollte[1].

Auf Antrag der Mutter, des Vaters oder der Staatsanwaltschaft kann das Gericht jedoch entscheiden, daß die väterliche Gewalt abweichend von der gesetzlichen Regelung allein vom Vater oder von Vater und Mutter zusammen ausgeübt wird. In diesem Fall sind die Vorschriften über die Ausübung der väterlichen Gewalt bei ehelichen Eltern anwendbar. Die Regelung des art. 374 cc gilt gemäß art. 371-1cc auch dann, wenn nur eine gerichtliche Elternschaftsfeststellung vorliegt; in diesem Fall besteht jedoch die Möglichkeit, dem die väterliche Gewalt ausübenden Elternteil einen Dritten beizuordnen.

5) Die Reform des Unehelichenrechts von 1972

Durch Gesetz vom 3. 1. 1972 ist neben die Legitimation durch Heirat die durch gerichtliche Entscheidung getreten (art. 333 ff. cc). Die Besonderheiten für die Legitimation von Ehebruchskindern sind entfallen; weiterhin werden absolute[2] Blutschandekinder jedoch nicht legitimiert[3]. Eine Legitimation durch gerichtliche Entscheidung setzt voraus, daß die

---

1) Huet-Weiller, Les effets de la filiation illégitime, 71,72.

2) Absolute Blutschandekinder sind gem. art. 334-10 cc Kinder von Eltern, zwischen denen aufgrund ihrer Verwandtschaft gem. art. 161, 162 cc ein Ehehindernis besteht, wenn ein Elternteil bereits gesetzlich festgestellt ist für die Legitimation gegenüber dem anderen Elternteil.

3) Kritik an der Möglichkeit der Legitimation von Ehebruchskindern und der Angleichung ihrer Rechtsstellung an die anderer unehelicher Kinder bei Planiol, Ripert, Rouast, Traité de droit civil, Tome II, 602.

Eheschließung zwischen den Eltern nicht möglich ist, die Abstammung festgestellt ist und der Besitzstand eines unehelichen Kindes nach dem Elternteil besteht, der die Legitimation beantragt.

Die Einteilung der unehelichen Kinder in verschiedene Klassen wurde aufgehoben; mit Ausnahme der absoluten Blutschandekinder sind nunmehr alle unehelichen Kinder anerkennungsfähig[1].

Die Anerkennung durch die Mutter gilt bereits mit der Angabe ihres Namens in der Anerkennungsurkunde des Vaters als ausgesprochen (art. 336 cc); auch die Angabe des Namens der Mutter in der Geburtsurkunde des Kindes genügt (art. 337 cc).

Der 1955 unabhängig von einer Statusbeziehung eingeführte Unterhaltsanspruch der Ehebruchs- und Blutschandekinder ist auf alle unehelichen Kinder, deren Vater nicht gesetzlich festgestellt ist, erstreckt worden. Ausreichend ist der Nachweis des Verkehrs zwischen Vater und Mutter in der Empfängniszeit (art. 342 cc).

Im übrigen stehen nach art. 334 cc allen unehelichen Kindern die gleichen Rechte und Pflichten zu wie den ehelichen[2].

---

1) Grundsätzlich bleibt das Anerkennungsprinzip jedoch gewahrt. Trotz seiner Existenz und der weitgehenden Anerkennungsmöglichkeit werden von den französischen Gerichten jedoch auch Realitäten anerkannt. Z.B. wird unter bestimmten Umständen einem Vater, der anerkannt hat, die Ausübung der väterlichen Gewalt verwehrt, wenn das Kind bei der Mutter lebt, die es nicht anerkannt hat (sog. puissance paternelle de fait). Siehe dazu ausführlich Madlener, Das französische Unehelichenrecht, 33, 34 und Aubry, Rau, Esmein, Droit civil français, Tome IX, 208.

2) Zur Kritik am neuen Gesetz siehe ausführlich Rassat, Rev. trim. de droit civil 1973, 207-258 und 419-439. Eine Darstellung der Neuregelung findet sich bei Massip, StAZ 1973, 105 ff.

Auch die besondere legitimierende Adoption ist weggefallen; uneheliche Kinder werden wie alle anderen entweder voll (unter Abbruch der Bindungen an die Ursprungsfamilie) oder einfach (unter Beibehaltung dieser Bindungen) adoptiert. Gesetzlich festgestellte Eltern haben in beiden Fällen das Recht zur Zustimmung (art. 347, 348, 361 cc.).

Ein Verkehrsrecht für den Elternteil, der die puissance paternelle nicht ausübt, ist nicht geregelt. Es ist jedoch, wie das Verkehrsrecht der Großeltern[1], durch die Rechtsprechung anerkannt. Das Schweigen des Gesetzes von 1970 und 1972 wird nicht als eine Ablehnung dieser Rechtsprechung verstanden[2]. Selbst einem gesetzlich nicht festgestellten Elternteil kann ein Verkehrsrecht zuerkannt werden[3]. Der Kassationshof verweigert das Verkehrsrecht nur dann, wenn das Wohl des Kindes und die ungestörte Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter dies rechtfertigen. Das gilt auch für den ehebrecherischen Vater[4]. Als Grund dafür wird die Zahlungspflicht des Vaters angeführt.

V. Italien

1) Die personenrechtliche Stellung des unehelichen Vaters nach dem Codice Civile von 1866

Bis zur Einigung Italiens im Jahre 1865 hatten in den einzelnen Staaten auf italienischem Territorium Unehelichengesetze

---

1) Ferid, Das französische Zivilrecht, 2. Bd., 4 C 220.

2) Huet-Weiller, Les effets de la filiation illégitime, 78 m.w.N.

3) Aubry, Rau, Esmein, Droit civil français, Tome IX, 283.

4) Madlener, Das französische Unehelichenrecht, 37, 38; Planiol, Ripert, Savatier, Droit civil français, Tome I, 396.

gegolten, die weitgehend der Regelung des französischen code civil entsprachen; eine Folge der Besetzung des Landes durch Napoleon im Jahre 1796/97[1]. Lediglich in der Lombardei galt das Kindschaftsrecht des österreichischen ABGB[2]. Die Nationalstaatsbewegung beinhaltete auch in Italien das Streben nach einer einheitlichen, für das ganze Land geltenden Rechtsordnung. Bereits 1860 wurde ein erster Entwurf zum codice civile erarbeitet, der sich eng an den in Sardienien geltenden, französisch beeinflußten Codice Albertino anlehnte[3]. Dieser Entwurf trat nach einer erneuten Überarbeitung am 1. Januar 1866 in Kraft. Er sah vor, daß Rechtsbeziehungen unehelicher Eltern zu ihren Kindern ausschließlich durch freiwillige Anerkennung oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung hergestellt wurden.

Letztere war bezüglich der Feststellung des Vaters nur bei Entführung oder Vergewaltigung der Mutter zulässig (Art. 189 cc a.F.). Die Elternschaft zu Ehebruchs- und Blutschandekindern konnte jedoch weder anerkannt noch gerichtlich festgestellt werden (Art. 180 cc a.F.). War sie dennoch nachweisbar, wurde unter bestimmten Voraussetzungen ein Alimentationsanspruch gewährt (Art. 193 II cc a.F.). Anerkennung und gerichtliche Vaterschaftsfeststellung schufen familienrechtliche Beziehungen zum Vater, wenn es auch dem ehelichen Kind nicht gleichstand. Das Kind trug seinen Namen (Art. 185 cc a.F.) und stand unter seiner gesetzlichen Vormundschaft (Art. 184 cc a.F.), die in ihren Befugnissen der heutigen väterlichen Gewalt entsprach[4]. Die Zuordnung der Vormundschaft zum Vater nach Anerkennung oder gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung

---

1) Hüni, Vaterschaftsklage, 14–17.

2) Hüni, Vaterschaftsklage, 18.

3) Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. 1, 97.

4) Pacifici-Mazzoni, Istituzioni VII, 2, 99.

bedeutete jedoch nicht den völligen Ausschluß der Mutter. Die italienischen Gerichte begannen bereits frühzeitig, ihr auf ihren Antrag hin die Ausübung der gesetzlichen Vormundschaft zu übertragen, wenn der Vater bei der Erziehung des Kindes versagte oder kein Interesse an der Ausübung seiner Rechte hatte[1]. Ob der Vater der Adoption seines Kindes zustimmen mußte, richtete sich danach, ob er Inhaber der elterlichen Gewalt und damit gesetzlicher Vertreter des Kindes war: die Zustimmung war nur von Seiten des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 296 cc).

2) Die Reformgesetzgebung von 1942

Das Gesetz erfüllte nicht die Erwartungen, die man bei seinem Erlaß in es gesetzt hatte. Die Anzahl der unehelichen Kinder, die man mit der verschärften Inanspruchnahme der Eltern hatte senken wollen, stieg weiter. Von der Möglichkeit der Anerkennung wurde nicht in dem Maße Gebrauch gemacht, wie man erhofft hatte. Die vielen unversorgten Kinder wurden zu einem sozialen Problem[2].

Der Erlaß gesetzlicher Bestimmungen hatte sich also als untaugliches Mittel zur Änderung des sexuellen Verhaltens der Bevölkerung herausgestellt; die gegen die Eltern gerichtete Schärfe des Gesetzes hatte sich nur als eine solche gegen die Kinder erwiesen.

Es mußte deshalb ein Weg gefunden werden, wie die Eltern unehelicher Kinder wirksamer für deren Versorgung herangezogen werden konnten[3]. Eine Erweiterung des Umfangs der Zulässigkeit der Vaterschaftsklage bot sich an und wurde auch sofort

---

1) Raape, Die Rechtsstellung, 55.

2) Hüni, Vaterschaftsklage, 52-54; Schmidt-Hidding, Die Stellung des unehelichen Kindes, 37.

3) Hüni, Vaterschaftsklage, 52, 53.

vorgeschlagen[1]. Die Argumentation des Gesetzgebers von 1865, daß der Schutz der legitimen Familie die Heranziehung verheirateter Väter zur Verantwortung für ihre nichtehelichen Kinder nicht erlasse (keine Anerkennung bzw. gerichtliche Vaterschaftsfeststellung bei Ehebruchskindern), wurde angezweifelt; im Gegenteil stelle gerade die Einschränkung der Vaterschaftsklage eine Gefahr für den Familienfrieden dar, da die unehelichen Mütter und Kinder außergerichtlich versuchen würden, zu ihrem Recht zu kommen[2]. Ebenso könne der vom Gesetzgeber 1865 befürchteten Gefährdung der allgemeinen Sittlichkeit durch öffentliche Vaterschaftsprozesse auch anders vorgebeugt werden als durch einen Ausschluß solcher Klagen[3]. Die Reformbemühungen fanden jedoch erst 1939 ihren vorläufigen erfolgreichen Abschluß, als der von der "Reale Commissione per la riforma dei codici" unter Vorsitz von Scialoja erarbeitete Entwurf Gesetz wurde. Er sah in der Hauptsache eine Erweiterung der Anerkennungs- und gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsfälle vor (Artt. 252 II, 255 cc) und sicherte die Wirkungen der Anerkennung gegen rechtsgeschäftliche Beschränkungen (Art. 257 cc); auf der anderen Seite regelte er auch die Zurückweisung unerwünschter Anerkennung (Art. 264 cc). Die personenrechtliche Stellung der Eltern wurde nicht geändert; lediglich die von den Gerichten entwickelte Möglichkeit der Übertragung der Ausübung der väterlichen Gewalt auf die Mutter wurde in das Gesetz übernommen (Art. 260 Abs. 2 und 3 cc)[4].

---

1) Hüni, Vaterschaftsklage, 56; Santoro-Passarelli, Saggi di diritto civile 442, 453.

2) Hüni, Vaterschaftsklage, 54.

3) Hüni, Vaterschaftsklage, 55. Mitursächlich für die Reformbestrebungen mag auch der abnehmende Einfluß des französischen Rechts und die zunehmende Hinwendung der italienischen Lehre zum deutschen Recht gewesen sein (Rotondi, RabelsZ 30 (1966), 104 (106)), die den Vergleich mit der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder in Abstammungssystemen eröffnete.

4) Zur Reformgesetzgebung v. 1942 siehe Riezler, Zeitschrift f. ausl. u. intern. Privatrecht Bd. 7 (1933) 207 (251); Luther, Zeitschrift f. ausl. u. intern. Privatrecht Bd. 12 (1939), 886 (887).

Nicht geregelt wurde die Frage des persönlichen Kontakts mit dem nichtehelichen Kind (Verkehrsrecht). Soweit ersichtlich, werden auch die von der Rechtsprechung für die Trennung und Scheidung entwickelten Grundsätze auf nichteheliche Eltern nicht angewendet[1].

3) Die Entwicklung seit dem 2. Weltkrieg

Nach dem 2. Weltkrieg stand vor allem zunächst das Verhältnis der unehelichen Mutter zu ihrem Kind in der Diskussion[2]. Eine Koordination der Reformbestrebungen schien eingeleitet, als Cicu für die "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" einen Fragebogen[3] zusammenstellte, der allen Interessierten Gelegenheit zur Äußerung zur Reform gab. Das große Echo auf diese Aufforderung bewies zwar den allgemeinen Wunsch nach einer Reform, auf der anderen Seite machte er jedoch sehr deutlich, daß eine Einigung über Art und Umfang der notwendigen Reformen kaum zu erzielen sein würde[4]. Initiativen Einzelner blieben mangels breiter Unterstützung auch weiterhin erfolglos, z.T. wohl auch deswegen, weil sie häufig mit Vorschlägen über die Einführung der Scheidung gekoppelt waren, die bis 1970 keine Erfolgsaussichten im italienischen Parlament hatten.

Hatte bisher die Reform des Unehelichenrechts aus humanitären Gründen im Vordergrund gestanden, rückte nunmehr in den Mittelpunkt des Interesses die Frage, ob das Unehelichenrecht nicht

---

1) Zum Verkehrsrecht geschiedener oder getrennt lebender Eltern siehe Wuppermann, FamRZ 71,516.

2) Eine detaillierte Darstellung der verschiedenen dazu vorgelegten Entwürfe findet sich in der Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1952, 818-826.

3) Abgedruckt in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1952, 813-818.

4) Siehe dazu die in der Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1952, 721-1005 veröffentlichten Beiträge, insbesondere die Gegenüberstellung der kontroversen Ansichten, 991-1005.

bereits wegen einer Unvereinbarkeit mit der Verfassung zu ändern sei. Insbesondere ging es hier um die Beachtung der durch Art. 3 Cost. geschützten Gleichberechtigung bei der Zuordnung der väterlichen Gewalt, die - wie bereits dargestellt - von Gesetzes wegen zunächst dem Vater zukommt, auch wenn er nach der Mutter anerkannt hat und diese bis dahin die väterliche Gewalt ausübte[1].

Ein weiteres verfassungsrechtliches Problem bildet die Unzulässigkeit der Anerkennung von Ehebruchskindern gem. Art. 252 cc, soweit nicht der Ausnahmetatbestand des Art. 252 II cc eingreift.

---

1) Ablehnend Pelosi, La patria potestà, 356 und Majello in Scialoja/Branca, Commentario art. 260, 4, die zwar die Notwendigkeit der Ausübung der väterlichen Gewalt durch einen einzigen Elternteil zugeben, für die Auswahl dieses Elternteils jedoch die Eignung bzw. die Reihenfolge der Anerkennung entscheidend sein lassen wollen.

Die Verfassungsmäßigkeit des art. 260 II cc bejaht der Verfassungsgerichtshof (Corte Cost., 21. 6. 1966 n. 71 Giur. it. 1966 I, 1, 1388), der in seiner Begründung jedoch lediglich die Notwendigkeit der Zuteilung an einen Elternteil behandelt, die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Auswahl dieses Elternteils jedoch überhaupt nicht prüft. Immerhin erkennt das Gericht jedoch die Reformbedürftigkeit dieser und anderer Bestimmungen des Familienrechts an.

Uneingeschränkt befürwortet wird die Vorschrift, soweit ersichtlich, nur von Cicu/Tedeschi, La filiazione, 425. Eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Mannes wird mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß das Gericht die Ausübung der Gewalt der Mutter zuteilen kann, wenn das Wohl des Kindes es erfordert (art. 260 III cc).

Die auf Art. 30 III[1] der italienischen Verfassung gestützte Vorschrift wird zwar bereits von der Rechtsprechung mit personenstandrechtlichen Behelfen abgeschwächt[2]; nichtsdestoweniger löste ihre vorgesehene Einschränkung in Art. 252/2 des 1967 vorgelegten Progetto Reale[3] erregte Diskussionen aus.

Am 5. Juni 1967 trat ein neues Adoptionsrecht in Kraft. Im Gegensatz zu der bisher im codice civile geregelten Adoption trennt die neu eingeführte "adozione speciale" den Adoptierten rechtlich ganz von der Ursprungsfamilie und ordnet ihn mit allen Rechten und Pflichten der neuen Familie zu. Diese Adoption soll dazu dienen, das Schicksal insbesondere der nicht anerkennungsfähigen und der nicht anerkannten verwahr-

---

1) "La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".
Die Bedeutung und Auslegung des art. 30 cost. ist streitig: Pelosi, La patria potestà, 354 m.w.N. in Fn. 893 vertritt die Ansicht, die Verfassung gehe vom bestehenden Familienrecht aus, die Frage der Verfassungsmäßigkeit stellt sich für ihn also gar nicht; de Cupis, Riv. trim. di dir. civ. 1967, 616 (628) und Carraro, I rapporti inerenti, 77, halten das Anerkennungsverbot für verfassungsmäßig, ob eine zu schützende legitime Familie tatsächlich existiere, sei unerheblich; Campagna, Communicazioni, 177 und Majello, Comunicazioni, 187, beschränken das schutzwürdige Interesse der Familie auf die Abwehr des Eindringens des nichtehelichen Kindes in die bestehende Familiengemeinschaft im Sinne einer Koexistenz.

2) Vgl. Jayme, Das nichteheliche Kind, 20-22.

3) Abgedruckt in La riforma del diritto di famiglia, 237-248; kurze inhaltliche Darstellung bei Jayme, FamRZ 1967, 537-547. Art. 252/2 sah bei Trennung der Eheleute (separazione legale) die Möglichkeit einer Erklärung mit den Rechtsfolgen der Anerkennung für Ehebruchskinder vor.

losten Kinder zu verbessern. Dementsprechend ist auch eine Einwilligung der Eltern, die das Kind haben verwahrlosen lassen, nicht erforderlich, jedoch werden ihnen Anhörungs- und Widerspruchsrechte eingeräumt[1].

Weitergehend als der Entwurf Reales sieht ein am 1. 12. 1971 von der Deputiertenkammer gebilligter neuer Vorschlag[2] die unbeschränkte Zulässigkeit der Anerkennung von Ehebruchskindern vor. Der Schutz der legitimen Familie des Anerkennenden setzt erst dann ein, wenn eine Aufnahme in den Haushalt des verheirateten Anerkennenden vorgesehen ist: hierzu ist nach Art. 102 des Entwurfs die Zustimmung des Ehegatten erforderlich.

Auch die Frage der Verteilung der väterlichen Gewalt ist neu geregelt (Art. 137 E): zwar steht wie bisher die väterliche Gewalt bei nur einseitiger Anerkennung bzw. Elternschaftsfeststellung diesem Elternteil zu. Bei beiderseitiger Anerkennung oder Elternschaftsfeststellung wird der Elternteil vorgezogen, der freiwillig anerkannt hat. Haben beide Eltern anerkannt, so steht sie beiden Eltern zu (dabei ist wohl insbesondere an den Fall gedacht, daß die Eltern zusammenleben). Das Vormundschaftsgericht kann die väterliche Gewalt aber auch nur einem Elternteil zusprechen, wenn dies dem Interesse des Kindes entspricht. Von der gesetzlichen Regelung kann der Vormundschaftsrichter auf Antrag des Elternteils, der die väterliche Gewalt nicht ausübt, abweichen, wenn die Erziehung durch den anderen dem Kind schadet.

---

1) Siehe dazu Blume, StAZ 1968, 354 (356); Jayme, FamRZ 1969, 527 (529).

2) Abgedruckt in: Riforma del diritto di famiglia 2, 293-336; zusammengefaßte Darstellungen bei Jayme, FamRZ 1973, 19-21 und Basedow, StAZ 1972, 187-188; wegen der Auflösung des Parlaments vor der Billigung des Vorschlags durch den Senat muß dieser jedoch das gesamte Gesetzgebungsverfahren noch einmal durchlaufen.

Neben der Familie, die auf der Ehe beruht, kann es also in Zukunft - falls der Entwurf Gesetz wird - mit gleichen Rechten ausgestattete Familien auf der Grundlage boßen Zusammenlebens geben. Ob die Interessen der unehelichen Kinder und ihrer Eltern diese Regelung erforderten und wie sie vor der Verfassung zu rechtfertigen ist, die nur die legitime Familie anerkennt, ist vorerst ungeklärt[1].

VI. USA

1) Die Regelung des common law

Wie im englischen common law wurde auch in den Staaten der USA das nichteheliche Kind zunächst als filius nullius betrachtet: ein Kind, das niemandem zugeordnet war[2]. Weder zum Vater noch zur Mutter wurden verwandtschaftliche Beziehungen anerkannt; nicht einmal Unterhaltsansprüche konnten gegen die Eltern geltend gemacht werden. Eine Legitimation durch Heirat war nicht vorgesehen, allenfalls durch einen Act of Parliament konnten eheliche Verwandtschaftsbeziehungen hergestellt werden. Das Institut der Adoption war noch unbekannt. Das uneheliche Kind war für seine Existenz auf die Armenfürsorge seiner Gemeinde angewiesen[3].

Auch als die einzelnen Staaten begannen, in Wahrnehmung ihrer verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten einige Rechtsgebiete durch Gesetze zu regeln, änderte sich dieser Zustand im Ver-

---

1) Siehe dazu insbesondere die Referate von Giorgianni und Mengoni, La filiazione, 123 - 146 sowie Santoro-Passarelli, Significato attuale, 14.

2) Krause, Illegitimacy, 9; Clark, Law of Domestic Relations, 155; Auszug aus Schatkin, Disputed Paternity Proceedings, 3 rd, 27, abgedruckt bei Ploscowe, Foster and Freed, Family Law, 956.

3) S. Auszug aus Schatkin, Disputed Paternity Proceedings, 3rd ed., 27, abgedruckt bei Ploscowe, Foster and Freed, Family Law, 956; 10 Am. Jur. 2d, 887.

hältnis zum Vater nur geringfügig: in der Regel wurde nur das Verhältnis zwischen dem Kind und seiner Mutter behandelt, allenfalls noch vermögensrechtliche Beziehungen zum Vater[1].

2) Die personenrechtliche Stellung des Vaters nach geltendem Recht

a) Die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind

In der Frage der elterlichen Gewalt (amerikanisch custody; dieser Begriff umfaßt jedoch nur die Personensorge) entscheiden sich die Mehrzahl der vorhandenen gesetzlichen Regelungen[2] und viele Gerichte[3] für einen primären Anspruch der Mutter: "There ist hardly a better recognized principle in all the jurisdictions of the United States dealing with the matter of custody of children than the rule that the welfare of the child is the primary consideration in a determination of the question of custody and that the mother of the illegitimate has a natural, primary and prima facie right to the custody of her child as against the putative father"[4].

Erst wenn die Mutter das Kind zur Adoption freigegeben hat, gestorben ist oder aus einem anderen Grund zur Ausübung der elterlichen Gewalt unfähig ist, kann sich der nichteheliche

---

1) Ausnahmen bilden die Staaten, in denen die nichtehelichen Kinder den ehelichen gleichgestellt werden. Z. T. mit Einschränkungen in Arizona, North Dakota, Minnesota.

2) Z. B. Georgia Code Ann. § 74-203 (1964); New Jersey Rev. Stat. § 9: 16-1 (1960); Wash. Rev. Code Ann. § 26.24.190 (1958).

3) Meredith v. Meredith 272 App. Div. 79, 69 N.Y. S. 2d 462 (1947); Norcia v. Richard 32. App. Div. 2d 656, 300 N.Y.S. 2d 608 (1969); Jolly v. Queen 264 N.C. 711, 142 S.E. 2d 592 (1965); Dellinger v. Bollinger 242 N.C. 696, 89 S.E. 2d 592 (1955).

4) Roe v. Doe 58 Misc. 2d 757, 760, 296 N.Y.S. 2d 865, 869 (Fam. Ct., N.Y.Co. 1968).

Vater die elterliche Gewalt übertragen lassen[1]. In diesem Fall ist er vor allen anderen Personen berechtigt, die sich sonst noch um die elterliche Gewalt bewerben. Lediglich in New York wurde das oben dargestellte Recht kurzfristig in Frage gestellt, als ein Untergericht section 70 des New Yorker Domestic Relations Act[2], der nach seinem Wortlaut auf "minderjährige Kinder" Anwendung findet, auch auf nichteheliche Kinder anwandte[3]. Dieser Vorstoß wurde in den nachfolgenden Urteilen jedoch zurückgewiesen[4], so daß entgegen Ploscowe, Foster und Freed[5] nicht davon gesprochen werden kann, daß New Qork in der Frage der Zuweisung der elterlichen Gewalt eine Ausnahme von dem allgemein gültigen Rechtszustand bilde. Lediglich in Illinois, in Utah und in ganz vereinzelten Gerichtsentscheidungen war dem Vater bisher jegliches Recht auf die Übertragung der elterlichen Gewalt abgestritten worden[6], ein Rechtszustand, der vom Supreme Court erst 1972 als verfassungswidrig qualifiziert wurde[7].

Ohne von Anfang an eine Vermutung für einen bestimmten Elternteil aufzustellen, entscheiden einige Gerichte danach, was

---

1) Krause, Illegitimacy, 29; 10 Am. Jur. 2d 890.

2) "In all cases there shall be no prima facie right to the custody of the child in either parent, but the court shall determine solely what is for the best interest of the child, and what will best promote its welfare and happiness, and make award accordingly".

3) Godinez v. Russo 49 Misc. 2d 66, 68, 266 N.Y. S. 2d 636, 639 (Fam.Ct., Westchester Co. 1966).

4) Roe v. Doe s. Fn. 4 S. 42; Cornell v. Hartley 54 Misc. 2d 732, 283 N.Y.S. 2d 318 (Fam. Ct., Ulster Co. 1967).

5) Family Law, 933.

6) Ill. Rev. Stat. ch. 106 3/4 § 62 (1970) = A father of an illegitimate child "shall have no right to the custody or control of the child" except by adoption. Siehe auch Utah Code Ann. § 77-60-12 (1953) (solange das Kind nicht älter als 10 Jahre ist).

7) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

ihnen als "the child's best interest" erscheint. Sie kommen dabei allerdings häufig auch in denselben Fällen (Berufungsentscheidung) zu unterschiedlichen Ergebnissen[1].

Im Sinne dieses letzten Vorgehens tritt Clark[2] für eine Regelung ein, die nicht von vornherein die Mutter als geeignet zur Ausübung der elterlichen Gewalt ansieht und dem Vater lediglich den schwierigen Gegenbeweis eröffnet. Er schlägt deshalb eine Bewertung der Qualifikation jedes einzelnen Bewerbers um die elterliche Gewalt vor; dem geeignetsten soll sie schließlich übertragen werden.

Auch Tabler[3] wendet sich gegen die von den amerikanischen Gerichten praktizierte Gleichsetzung der Interessen des Kindes mit der Zuweisung der elterlichen Gewalt an die Mutter. Seiner Forderung nach Abschaffung des vorrangigen Rechts der Mutter muß entnommen werden, daß er einer Lösung im Sinne Clarks zuneigt. So wenig wie Clark entwickelt er jedoch Kriterien für die Feststellung der Eignung noch eine Regelung für den Fall, daß die bessere Eignung eines Bewerbers nicht festgestellt werden kann.

b) Das Recht des Vaters zum pesönlichen Kontakt mit seinem Kind

Ein Recht zum persönlichen Kontakt mit seinem Kind wird dem amerikanischen unehelichen Vater nur sehr vereinzelt eingeräumt. Als Grundregel kann aufgestellt werden, daß gegen den Willen der Mutter ein Anspruch nicht besteht[4]. Nur in wenigen Fällen wurde davon unter Berufung auf das Wohl des Kindes

---

1) Siehe die Nachweise bei Krause, Illegitimacy, 30 Fn. 59.
2) Law of Domestic Relations, 176.
3) 11 J. Fam. L. 231, 242 (1971), 231 (242).
4) Krause, Illegitimacy, 30.

abgewichen[1].

Besonders kategorisch gegen den Vater wird wiederum in Illinois entschieden: "No unwed father may ever visit his illegitimate child under any circumstances if the mother objects"[2]. Nach dem Illinois Revised Statute[3] wird eine Untersuchung der Eignung des Vaters oder des Kindeswohls weder für notwendig noch für zulässig gehalten. Wird das Besuchsrecht gegen den Willen der Mutter grundsätzlich anerkannt, ist Voraussetzung für die Zuerkennung im Einzelfall die regelmäßige Unterhaltszahlung oder zumindest die Bereitschaft dazu[4]. Diese regelmäßigen Unterhaltszahlungen hatten auch ursprünglich einen der Gründe für die Einräumung des Rechts abgegeben: der Argumentation, man müsse sich über die zweckentsprechende Verwendung des Geldes unterrichten können, hatte das Gricht offenbar nichts entgegenzusetzen[5]. Auf der anderen Seite gibt auch die regelmäßige Unterhaltszahlung keinerlei strikten Anspruch auf persönlichen Kontakt mit dem Kind, wenn er aus irgendeinem Grund als dem Wohl des Kindes abträglich angesehen wird[6].

Eine auf den Einzelfall abgestellte Entscheidung wird in Pennsylvania befürwortet: entgegen der Rechtsprechung, die im Besuch des Vaters zunächst nur eine fortwährende Betonung der

---

1) California, Florida, New Jersey, New York, Oklahoma, Pennsylvania. Strong v. Owens, 91 Cal. App. 336, 205 P. 2d 48 (Dist. Ct. App.1949); Mixon v. Mize, 198 So. 2d 373 (Fla. Dist. Ct. App. 1967); Baker v. Baker, 81 N.J. Eq. 135, 85 A. 816 (Ch. 1913); Anonymous v. Anonymous, 56 Misc, 2d 711, 289 N.Y.S. 2d 792 (Fam.Ct., Kings Co. 1968); Ex parte Hendrix, 186 Okla. 712,100 P. 2d 444 (1940); Pennsylvania v. Rozanski 206 Pa. Super. 397, 213 A. 2d 155 (1965).

2) Wallace v. Wallace, 60 Ill, App. 2d 300, 210 N.E. 2d 4 (1965); De Phillips v. De Phillips, 355 Ill. 2d 154, 219 N.E. 2d 465 (1966).

3) Siehe Fn. 6 S. 43.

4) Tabler, 11 J.Fam.L. 231, 233 (1971).

5) Baker v. Baker, 81 N.J.Eq. 135, 85 A. 816 (Ch. 1913).

6) 15 ALR 3d 891.

Illegitimität sah[1], wird jetzt in jedem Fall das Für und Wider des väterlichen Besuchs konkret geprüft:"Any attempt by us to determine the best interests of the child by a single rule would be judicially, socially and morally unsound"[2].

Eine spezielle Entwicklung hat das Besuchsrecht in der Rechtsprechung des Staates New York genommen. Nachdem es zunächst nur ausnahmsweise zugestanden worden war[3], wird nunmehr grundsätzlich davon ausgegangen, daß Besuche des Vaters geeignet seien, das Kind zu fördern[4]. Die Versagung des Besuchsrechts sei häufig nur ein Versuch, dem Kind seine Herkunft zu verschweigen. Solche Lügen würden im Laufe der Zeit immer aufgedeckt und seien nur geeignet, die Glaubwürdigkeit der Mutter für das Kind zu erschüttern. Sollte sich der Besuch des Vaters aus anderen Gründen zum Schaden des Kindes auswirken, bestehe für die Mutter immer noch die Möglichkeit, dem Vater das Besuchsrecht entziehen zu lassen.

Ähnliches gilt für die Rechtsprechung in New Jersey, wo bereits seit 1913 primär von einem Nutzen des väterlichen Besuchs für die Entwicklung des Kindes ausgegangen wird: "I think it is much better for the child to have the father visit it at stated times, not only to learn of its continued welfare, but to infuse into it at an early age the natural love and affection that it should have for a parent who is interested in its well being"[5].

---

1) Commonwealth ex rel. Walter Golembewski v. Stanley 205 Pa. Super. 101, 208 A 2d 49 (1965).

2) Commonwealth v. Rozansky 206 Pa. Super. 397,213 A 2d 155 (1965).

3) People ex rel. François v. Ivanova 14 App. Div. 2d 317, 221 N.Y.S. 2d 75 (1961).

4) Anonymous v. Anonymous 56 Misc. 2d 711, 289 N.Y.S. 2d 792 (Fam. Ct., Kings Co. 1968)

5) Baker v. Baker 81 N.J. Eq. 135,85 A. 816 (Ch. 1913).

Die amerikanische Literatur - soweit vorliegend - vertritt in der Frage des Besuchsrechts wie die Rechtsprechung konträre Ansichten. Während z.B. Clark[1] lediglich die negativen Seiten des Besuchsrechts darstellt (Betonung der Illegitimität, mögliche Belastung des Mutter-Kind-Verhältnisses, eventuelle Verhinderung einer Heirat der Mutter mit einem Dritten, der das Kind adoptieren würde), betont Tabler[2] die möglichen positiven Folgen des väterlichen Besuchs und weist auf einen Irrtum hin, dem die amerikanische Rechtsprechung nach seiner Ansicht unterliegt, wenn sie die Ablehnung des Besuchsrechts unter anderem damit begründet, daß der Vater nach dem common law auch kein entsprechendes Recht gehabt habe. Zwar habe der Vater nach dem common law keinerlei Rechtsbeziehungen zu seinem Kind gehabt; dasselbe gelte jedoch auch für die Mutter. Wenn man dieser nunmehr auch rechtlich eine Beziehung zu ihrem Kind verschafft habe, so gehe es nicht an, sie dem Vater zu versagen mit dem Hinweis darauf, er habe so etwas nie gehabt.

c) Die Beteiligung des Vaters bei der Adoption

Auch über die Notwendigkeit und die Art der Beteiligung des nichtehelichen Vaters an der Adoption seines Kindes durch Dritte wird nicht einheitlich entschieden. In der Regel wird die Zustimmung nur von der nichtehelichen Mutter verlangt[3]; jedenfalls dann, wenn sie die elterliche Gewalt ausübt und das Kind weder einer Adoptionsvermittlung übergeben noch es verlassen hat[4]. Der Vater ist

---

1) Law of Domestic Relations, 176.

2) 11 J.Fam.L. 231, 255 (1971).

3) Nachweise der einzelnen gesetzlichen Regelungen bei Krause, Illegitimacy, 31 Fn. 66; Nachweise der entsprechenden Entscheidungen in 51 ALR 2d 498.

4) 51 ALR 2d 501.

an dem Adoptionsvorgang überhaupt nicht beteiligt; grundsätzlich werden weder ein Zustimmungs- noch ein Anhörungsrecht noch ein Anspruch darauf, über die Adoption informiert zu werden, eingeräumt[1]. Daß die Zustimmung des Vaters nicht erforderlich ist, wird in einigen Statuten sogar ausdrücklich geregelt. Ein Beispiel dafür ist das Adoptionsstatut in Oregon: "...and for all purposes relating to the adoption of the child the father of the child shall be disregarded just as if he were dead"[2].

Abweichend von der Regel entsteht in einigen Staaten ein Zustimmungsrecht des Vaters dann, wenn seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist[3]. Auf den ersten Blick scheinen die Interessen des Vaters hier wirksam berücksichtigt zu sein. Dieser Eindruck verliert sich jedoch bei näherer Betrachtung der Voraussetzungen für die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung: sie ist häufig nur auf Antrag der Mutter zulässig und findet erst nach der Geburt statt, wohingegen das Kind bereits vor der Geburt zur Adoption freigegeben werden kann[4].

Eine Zustimmung des nichtehelichen Vaters zur Adoption muß nach den Gesetzen der Staaten Iowa, West Virginia und Rhode Island vorliegen[5], in Arizona[6] wird jedem Vater, der sein Kind freiwillig anerkannt hat, das Zustimmungsrecht eingeräumt. Das Gericht kann jedoch sowohl auf die Zustimmung des Vaters als auch auf die der Mutter verzichten, wenn das nach Ansicht des Gerichts dem Wohl des Kindes entspricht[7].

---

1) Krause, Illegitimacy, 32.

2) Oregon Rev. Code § 109.326 (1969).

3) Arkansas Stat. Ann. § 56-106 (C) (1947); Indiana Stat. Ann. § 3-129 (Supp. 1970).

4) Tabler, 11 J.Fam.L. 231, 246 (1971).

5) Iowa § 600.3 (1965); West Virginia § 4755 (1949); Rhode Island § 15-7-7 (1965)

6) Arizona Rev. Stat. Ann. § 8-106 (A) (1) (d) (Supp. 1970).

7) Tabler, 11 J.Fam.L. 231, 246 (1971).

Ähnliches wie für das Zustimmungsrecht gilt für das Recht des Vaters, über die Adoption seines Kindes informiert zu werden: es besteht grundsätzlich nur, wenn der Vater seine Vaterschaft anerkannt hat bzw. sie gerichtlich festgestellt ist[1].

Die Stellungnahme des amerikanischen Schrifttums ist auch hier nicht einheitlich. Wird auf der einen Seite die Förderung der Adoption in den Vordergrund gestellt und eine Mitwirkung des Vaters abgelehnt[2], so wird auf der anderen Seite betont, daß der Vater nicht durch die bloße Zustimmung der Mutter zur Aufgabe seiner Rechte bezüglich des Kindes gezwungen werden könne[3].

3) Die Auswirkungen der Rechtsprechung des US Supreme Court auf dem Gebiet der Gleichberechtigung auf das geltende Recht.

Einen neuen Anstoß hat das amerikanische Unehelichenrecht durch die 1968 ergangenen Entscheidungen Levy v. Louisiana[4] und Glona v. American Guarantee & Liability Insurance Company[5] erhalten. Der Supreme Court hat in diesen beiden Fällen, in denen es sich um Schadensersatzklagen einer unehelichen Mutter wegen Tötung ihres Kindes und eines unehelichen Kindes wegen Tötung seiner Mutter handelte, die gesetzliche Versagung des Anspruchs wegen der Unehelichkeit als Verstoß gegen die equal protection clause und damit als verfassungswidrig bewertet. Die equal protection clause, der Gleichheitsgrundsatz des amerikanischen Verfassungsrechts, gebietet die Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte. Darüber hinaus verbietet sie

---

1) Tabler, 11 J.Fam. L. 231, 247/248 (1971).
2) Clark, Law of Domestic Relations, 176.
3) Tabler, 11 J.Fam. L. 231, 247 (1971).
4) 391 U.S. 68 (1968).
5) 391 U.S. 73 (1968).

Rechtsnormen, die ihrer Zwecksetzung nach dem Diskriminierungsverbot widersprechen[1]. "We ask not only whether the classification includes all who are situated similary, but also whether the purpose of the grouping is proper"[2] [3]. Ungleichbehandlungen sind in der vermögensrechtlichen Sphäre zulässig, wenn ein vernünftiger Grund ("reasonable basis") dafür vorliegt; im Bereich der "basic civil rights" rechtfertigt erst ein zwingendes staatliches Interesse eine Ungleichbehandlung[4]. In den Fällen Levy v. Louysiana und Glona v. American Guarantee kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß ein vernünftiger Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Ehelichen und Unehelichen im Bereich der Schadensersatzansprüche für schuldhafte Tötung nicht erkennbar sei.
Die beiden genannten Entscheidungen betreffen unmittelbar nur vermögensrechtliche Ansprüche unehelicher Kinder bzw. Mütter. Einige Gerichte[5] haben aus diesen Urteilen jedoch weitergehend den allgemeinen Satz entwickelt, daß uneheliche Elternschaft nicht anders behandelt werden dürfe wie eheliche: "classifications based on illegitimate parenthood should be constitutionally suspect"[6].

---

1) 38 ALR 3d 616; 16 Am.Jur. 2d Constitutional Law § 500.

2) Krause, Illegitimacy, 61.

3) Beispiel: ein Gesetz, das Rassentrennung vorschreibt, entspricht zwar dem 1. Teil des Gleichheitssatzes, sofern es Farbige und Weiße in sich gleich behandelt. Der Zweck des Gesetzes ist als solcher jedoch diskriminierend.

4) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618, 634; Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541.

5) Re Estate of Ortiz 60 Misc. 2d 756, 303 N.Y.S. 2d 806 (1969); Schmoll v. Creecy 54 N.J. 194, 254 A. 2d 525 (1969); Levy v. Louisiana on remand 253 La. 73, 75, 216 So. 2d 818, 820 (1968); R. v. R. 431 S.W. 2d 152 (Mo. 1968).

6) Formulierung von Gray and Rudowsky 118 U.Pa. L.Rev. 1, 15 (1969).

Unter Hinweis auf Levy v. Louisiana wurden gesetzlich nicht bestehende Unterhaltsansprüche gegen uneheliche Väter und Schadensersatz bei deren Tötung zugesprochen. Zum Teil wurde dabei eine Begründung für die Anwendung des Levy-Urteils in einem Fall, der das Verhältnis zwischen Vater und Kind betrifft, überhaupt nicht gegeben[1]; "Mutter" wurde stillschweigend durch Eltern ersetzt. Andere Gerichte[2] ersetzten eine Begründung durch die Behauptung, das dem Levy-Urteil zugrundeliegende Prinzip sei das der Nichtdiskriminierung gegenüber beiden Elternteilen.

Lediglich das Gericht in Re Estate of Ortiz[3] räumte ein, daß die Levy-Entscheidung nicht ohne weiteres auf das Vater-Kind-Verhältnis übertragbar sei. Die Unsicherheit der Vaterschaft des unehelichen Vaters könne in einigen Fällen durchaus einen Grund dafür abgeben, uneheliche Eltern nicht gleich zu behandeln. Ein solcher Fall sei etwa das gesetzliche Erbrecht nach dem Vater. In dem vom Gericht zu entscheidenden konkreten Fall handelte es sich jedoch um eine Schadensersatzklage aus deliktischer Tötung des Vaters. Hier sah das Gericht keinen Grund, die Levy-Entscheidung nicht anzuwenden.

Andere Gerichte haben es abgelehnt, der Entscheidung über das Mutter-Kind-Verhältnis hinausgehende Bedeutung zuzulegen. Wie das Gericht im Re Estate of Ortiz sah auch das Gericht in Burnett v. Camden[4] einen eine andersartige Behandlung recht-

---

1) Levy v. Louisiana on remand 253 La. 73, 75, 216 So. 2d 818, 820 (1968).

2) R.v.R. 431 S.W. 2d 152 (mo 1968); Schmoll v. Creecy 54 N.J. 194, 254 A. 2d 525 (1969).

3) 60 Misc. 2d 756, 303 N.Y.S. 2d 806 (1969).

4) 254 N.E. 2d 199; entsprechend: In Re Estate Pakarinen 178 N.W. 2d 718 (Supr. Ct. Minnesota, 1970).

fertigenden Unterschied zur Mutter in der Unsicherheit der unehelichen Vaterschaft. Ein Gesetz, das eine gesetzliche Erbfolge des nichtehelichen Kindes aus diesem Grunde nur nach Anerkennung, gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung bzw. Legitimation vorsah, wurde deshalb nicht als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bewertet.

Bei der Entscheidung Baston v. Sears[1] lag das Levy-Urteil noch nicht vor, so daß sich das Gericht nicht mit ihm auseinandersetzen konnte. Nachträglich wurde dem Urteil jedoch ein Zusatz hinzugefügt, daß auch die Berücksichtigung dieses Urteils die Entscheidung des Gerichts nicht geändert hätte. Die in der Levy-Entscheidung zugestandenen Rechte beruhten auf der "intimate, familiar relationship" mit der Mutter, für deren Bestehen die Frage der Legitimität irrelevant sei. Wenn das Recht der unehelichen Kinder geändert werden solle, so sei dies im übrigen besser einheitlich durch Gesetz durchzuführen.

Eine andere Begründung für die unterschiedliche Behandlung der unehelichen Kinder im Verhältnis zum Vater hatte noch das Eingangsgericht in Levy v. Louisiana[2] gefunden. Es berief sich darauf, daß der Staat die Befugnis habe, den Anreiz zur Eheschließung dadurch zu erhöhen, daß er ehelichen Eltern und Kindern mehr Rechte zugestehe als unehelichen.

Die Zurückhaltung der meisten unteren Gerichte bei der Anwendung der Levy-Entscheidung wurde vom Supreme Court nicht geteilt; 1972 entschied das Gericht in Weber v. Aetna Casualty and Surety Co.[3] für eine Gleichbehandlung des unehelichen

---

1) 15 Ohio St. 2d 166, 239 N.E. 2d 62 (1968).
2) 192 So. 2d 193, 195 (La.Ct. App. 1967).
3) 406 U.S. 164 (1972).

Vater-Kind-Verhältnisses mit dem ehelichen. Wie in Levy v. Louisiana handelte es sich auch hier um vermögensrechtliche Ansprüche. Das einzige Urteil des Supreme Court, das personenrechtliche Befugnisse betrifft, ist die bereits oben erwähnte Entscheidung Stanley v. Illinois[1]. Hier hatte das Gericht gesetzliche Vorschriften des Staates Illinois für verfassungswidrig erklärt, die beim Tode der unehelichen Mutter die Sorge für das Kind dem Staat übertrugen, ohne dem Vater überhaupt Gelegenheit zu geben, eine eventuelle Eignung für die Ausübung der elterlichen Sorge nachweisen zu können. Dieser Entscheidung wird für das Adoptionsrecht Bedeutung zugemessen: "The force of the Court's logic in Stanley would seem equally cogent in the context of adoption[2]." Es wird erwartet, daß der Supreme Court in Zukunft bei der Adoption unehelicher Kinder wenigstens eine Pflicht zur Benachrichtigung des Vaters aufstellt, wie er es bei den legitimen Vätern, die ihr Zustimmungsrecht durch unterlassene Unterhaltszahlungen verloren haben, bereits getan hat[3]. In Michigan wurde aufgrund dieser Urteile das Adoptionsgesetz schon im Sinne der Entscheidung des Supreme Court geändert[4]..

4) Der der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws vorliegende Gesetzentwurf Krauses.

Den aus Levy v. Louisiana und Glona v. American Guanrantee zu ziehenden Folgerungen für das nichteheliche Vater-Kind-Verhältnis widmet Krause[5] einen umfangreichen Teil der Er-

---

1) 405 U.S. 645 (1972).

2) The "Strange Boundaries" of Stanley, 59 Virg. L.R. 517, 519 (1973).

3) Armstrong v. Manzo, 380 U.S. 544 (1965).

4) Mich.Comp. Laws Ann. § 710.3 a (Supp.1972), zitiert nach The"Strange Boundaries"of Stanley, 59 Virg.L.R. 515, 527 f. (1973).

5) Illegitimacy, 59-160; die Entscheidung Weber v. Aetna Casualty and Surety Co. lag Krause bei der Fertigstellung des Buches noch nicht vor.

läuterungen zu dem Entwurf eines Uniform Legitimacy Act, den er im Auftrag der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws erarbeitet und ihr inzwischen vorgelegt hat. Die Conference ist an diesen Vorschlag jedoch in keiner Weise gebunden, so daß der später von ihr vorzulegende Entwurf nicht mit demjenigen Krauses übereinstimmen muß.

Krause überträgt die Levy- und Glona-Entscheidungen, soweit es eben geht, sowohl in den vermögens- als auch in den personenrechtlichen Bereich zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater. Er hatte sich deshalb mit den Argumenten derjenigen Gerichte auseinanderzusetzen, die diese Übertragung abgelehnt hatten. Seiner Meinung nach kann, wenn Levy v. Louisiana und Glona v. American Guarantee das uneheliche Mutter-Kind-Verhältnis im Hinblick auf das eheliche verbessern, der uneheliche Vater auch nur mit dem ehelichen verglichen werden. Der Hinweis auf Unterschiede im Verhältnis der nichtehelichen Eltern zu ihrem Kind gehe daher fehl[1]. Anhand statistischen Materials weist er nach, daß die Verschlechterung der Rechtsstellung nichtehelicher Eltern und Kinder nicht zu dem erwarteten Ansteigen der Heiratsziffern und einer Verminderung der Zahl der unehelichen Kinder geführt hat. Die mit der Bevorzugung ehelicher Eltern und Kinder beabsichtigte Förderung der Ehe und Familie sei also nicht erreicht worden und könne daher wegfallen[2]. Zur Heiratsförderung durch Benachteiligung der unehelichen Abkömmlinge wirft er zudem die Frage auf, ob es verfassungsrechtlich zulässig sein kann, unbeteiligten Personen einen Nachteil zuzufügen, um andere zu einem gewünschten Verhalten zu veranlassen[3].

---

1) ebda, 72, 73.
2) ebda, 74, 75.
3) ebda, 75.

Wie das Gericht in Baston v. Sears[1] hält er zwar eine einheitliche gesetzliche Regelung für wünschenswert[2]. Erkanntermaßen verfassungswidrige Zustände dürften von den Gerichten jedoch nicht unter Verweis auf den Gesetzgeber aufrechterhalten werden, insbesondere solange dessen Tätigwerden noch in keiner Weise absehbar sei.

Dem Argument des zulässigen Schutzes der legitimen Familie (soweit vorhanden) gegen das Eindringen von Kindern, die nicht aus dieser Ehe stammen, spricht er eine gewisse Berechtigung nicht ab. Den Ehebruchskindern räumt er aus diesem Grunde eine Sonderstellung ein, indem er sämtliche personenrechtlichen Befugnisse des Vaters bezüglich dieser Kinder in den Bereich freiwilliger Übereinkunft zwischen den Betroffenen verweist[3]. Zur Ausgestaltung der Aufnahme eines unehelichen Kindes in den Haushalt des verheirateten Vaters gibt er zu bedenken, daß im Grunde genommen bei Kindern aus einer früheren Ehe eines Ehegatten dieselbe Situation vorliege. Der einzige Unterschied bestehe in dem "Gefühl" des anderen Ehegatten gegenüber der Unehelichkeit. Krause stellt die Frage, ob dieses Gefühl ernstlich dem von amerikanischen Soziologen als "psychic catastrophe" bezeichnete Erlebnis der Unehelichkeit entgegengehalten werden könne[4].

Krause ordnet Rechte und Pflichten unehelicher Vaterschaft entlang den Achsen legitimate(d) - non legitimate(d) zu. Legitimate(d) bedeutet nach seiner Begriffsbestimmung, daß die Abstammung vom Vater mit derselben Sicherheit feststeht

---

1) 15 Ohio St. 2d 166, 239 N.E. 2d 62.

2) Illegitimacy, 80,81.

3) ebda, 77.

4) ebda, 76; so auch Gray and Rudovsky 118 U. Pa.L.Rev. 1,37 (1969).

wie die Abstammung von der Mutter. Legitimated children sind danach zunächst Kinder, die von ihrem Vater (gegebenenfalls unter Zustimmung seiner Ehefrau) in seinen Haushalt aufgenommen wurden und zu denen sich der Vater öffentlich bekannt hat, sofern dagegen nicht binnen eines Jahres Widerspruch erhoben wurde. Darüber hinaus gehören dazu die Kinder, die nach freiwilliger Anerkennung durch den Vater auf dessen Antrag von einem Gericht, das die Vaterschaft des Antragstellers nachprüft, zu legitimate children erklärt werden (§§ 3d, 6 Prop. Uniform Legitimacy Act).

Der unverheiratete Vater eines legitimate child, der regelmäßig Unterhalt bezahlt, hat ein Anrecht auf die elterliche Gewalt nach der Mutter (§ 25 (a) Prop. Uniform Legitimacy Act). Im Falle der Adoption durch Dritte muß er zustimmen. Seine Zustimmung kann ersetzt werden, wenn die Adoption das Wohl des Kindes fördert. Eine Vermutung dafür besteht, wenn der Vater keinen Unterhalt mehr bezahlt hat oder das Kind verlassen hat. Die Adoptionsgenehmigung wird versagt, wenn der Vater regelmäßig Unterhalt gezahlt hat, das Kind nicht verlassen hat, die Übernahme der elterlichen Gewalt anbietet und dem Kind ein angemessenes Heim bieten kann (§ 25 (b) Prop. Uniform Legitimacy Act).

Ein Besuchsrecht entsprechend dem des geschiedenen Vaters steht dem unehelichen Vater zu, wenn das "legitimate child" unter der elterlichen Gewalt seiner Mutter steht und der Vater regelmäßig Unterhalt bezahlt (§ 25 (d) Prop. Uniform Legitimacy Act). Väter von "non legitimate children" sollen lediglich bei der Adoption gehört werden und ihre Meinung dazu äußern können (§ 25 (c) Prop. Uniform Legitimacy Act)[1].

---

1) Die in dem Aufsatz "The non-marital child - New Conceptions for the Law of Unlawfulness", 1 Fam. L.Q. 1,10(1967) aufgestellte Forderung nach einem allgemeinen Anhörungsrecht des nichtehelichen Vaters in den Angelegenheiten des Kindes wurde offensichtlich fallengelassen.

VII. Die im Vergleich mit ausländischen Regelungen schwache Rechtsposition des deutschen nichtehelichen Vaters

In allen oben dargestellten Rechtsordnungen kommen personenrechtliche Befugnisse dem nichtehelichen Vater nur unter der Voraussetzung zu, daß von seiner Vaterschaft mit großer Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann. Eine solche Wahrscheinlichkeit wird allgemein angenommen, wenn der Vater das Kind freiwillig anerkannt hat oder gerichtlich als Vater festgestellt worden ist (in der Schweiz mit Standesfolge zugesprochen worden ist). Lediglich in den Vereinigten Staaten wird erwogen, eine gerichtliche Legitimationserklärung zu verlangen, die ein freiwilliges Anerkenntnis des Vaters und eine Nachprüfung der Vaterschaft voraussetzt.

Die Frage der elterlichen Gewalt ist überwiegend (in Österreich, Schweiz, Frankreich, USA) so geregelt, daß der Mutter hierauf ein primäres Recht zusteht. Falls sie jedoch das Recht nicht ausüben kann oder darf (sei es wegen Vorversterbens, gerichtlicher Entziehung des Rechts o.Ä.), hat der Vater die Möglichkeit, in ihre Rechtsposition einzurücken. Davon abweichend steht in Italien die elterliche Gewalt primär dem Vater zu; der Mutter kann sie nur in bestimmten Fällen zur Ausübung übertragen werden. Demgegenüber hat ein nichtehelicher Vater in der Bundesrepublik keine Möglichkeit, auch nicht beim Tod der Mutter oder einer Entziehung oder Verwirkung des Rechts, die elterliche Gewalt übertragen zu bekommen. Wenn er dies will, muß er zunächst eine engere rechtliche Beziehung zwischen sich und dem Kind herstellen, indem er es entweder adoptiert, für ehelich erklären läßt oder durch Heirat mit der Mutter legitimiert. In der Frage des Verkehrsrechts ergibt sich kein einheitliches Bild: In Österreich, der Schweiz und Frankreich wird ein Verkehrsrecht auch gegen den Willen der nichtehelichen Mutter eingeräumt. Möchte sie den Verkehr unterbinden, muß sie darlegen, daß der Besuch des Vaters dem Wohl des Kindes schadet. In den USA besteht nach geltendem

Recht der meisten Staaten kein Besuchsrecht gegen den Willen der Mutter; dies soll nach dem Vorschlag Krauses (oben S. 56) jedoch geändert werden. Für Italien konnte eine Erstreckung des von der Rechtsprechung für geschiedene oder getrennt lebende Eltern entwickelte Besuchsrecht nicht festgestellt werden. In der Bundesrepublik steht demgegenüber dem nichtehelichen Vater kein Recht auf persönlichen Verkehr zu. Vielmehr entscheidet die Mutter, ob der Vater das Kind besuchen dar. Dem Vater bleibt lediglich die Möglichkeit, durch das Vormundschaftsgericht feststellen zu lassen, daß sein Besuch dem Wohl des Kindes dient, um sich Zugang zu dem Kind zu verschaffen.
Ein Recht auf Meinungsäußerung in bestimmten Fällen, das sich gegen die Mutter richtet, sieht nur das österreichische Recht vor. Dieses Recht umfaßt notwendigerweise einen Anspruch auf Auskunft über solche Angelegenheiten, bei denen das Äußerungsrecht besteht. In der Bundesrepublik wurde bei der Schaffung des NEG ein Auskunftsanspruch des Vaters bewußt der Entwicklung durch die Gerichte überlassen. Ein Anspruch auf Anhörung durch die Mutter besteht auch in wesentlichen Angelegenheiten nicht. Lediglich das Vormundschaftsgericht soll vor Entscheidungen, die die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes betreffen, den Vater anhören, wenn es nach seinem Ermessen eine solche Anhörung für geeignet hält, dem Wohl des Kindes zu dienen.
Auch bei der Adoption bestehen unterschiedliche Regelungen. Zum Teil wird die Zustimmung des Vaters gefordert (in der Schweiz, den USA und Italien (bei der adozione generale, wenn der Vater die elterliche Gewalt ausübt); zum Teil ist nur ein Anhörungsrecht vorgesehen (Österreich, Italien (bei der adozione speziale)). Das BGB sieht bei der Adoption lediglich in einer Sollvorschrift eine Anhörung des Vaters vor.

Faßt man diese Einzelregelungen zusammen, so ergibt sich folgendes: Das Bild des nichtehelichen Vaters in den beschriebenen ausländischen Rechtsordnungen unterscheidet sich erheblich

von dem des unsrigen. Die Position des ausländischen Vaters kann man vielleicht als die eines "Nothelfers im Wartestand" bezeichnen. Fällt die Mutter aus, kann er in ihre Rechtsposition eintreten. Dementsprechend wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, durch persönlichen Kontakt Beziehungen zum Kind herzustellen und aufrechtzuerhalten und so jederzeit über seine Entwicklung informiert zu sein. Erst bei seiner Stellung bei einer Fremdadoption scheiden sich die Geister: Wer die Zuordnung des Kindes in eine vollständige Familie für vorrangig hält, kann den Vater nicht letzten Endes die Adoption durch ein Zustimmungsrecht verhindern lassen. Wer bestehende oder sich in der Zukunft möglicherweise realisierende Rechte des Vaters nicht davon abhängig machen will, ob die Mutter die ihren wahrnimmt, behält ihm die Zustimmung vor.

Die Stellung des deutschen nichtehelichen Vaters weicht davon ab: sein Eintreten in die Rechtsposition der Mutter ist nicht bereits erwünscht, wenn diese ihre Pflichten nicht mehr ausübt oder ausüben kann. Elterliche Rechte erlangt er nur dann, wenn er das Kind durch einen zusätzlichen Rechtsakt in seine bestehende Ehe oder Familie einbindet. Solange dies nicht geschieht, wird ein eventuell vorhandenes Interesse an der Entwicklung des Kindes kaum gefördert: ein persönlicher Kontakt wird sich in der Regel nur bei einem guten Verhältnis zur Mutter, also mit deren Einwilligung durchsetzen lassen,und die Entscheidungen, bei denen der Vater vom Vormundschaftsgericht zu hören sein wird, sind nicht eben häufig. Insgesamt gesehen scheint die Reform des Nichtehelichenrechts am nichtehelichen Vater fast vorbeigegangen zu sein.

B. Grundgesetzlich gebotene Stärkung der personenrechtlichen Stellung des nichtehelichen Vaters in der BRD

I. Verfassungsrechtliche Kritik der Regelung

Auch ohne den vergleichenden Blick auf das Recht des nichtehelichen Vaters in anderen Rechtsordnungen zu werfen, haben einige Stimmen in der familienrechtlichen Literatur Bedenken gegen den Inhalt des NEG geltend gemacht und eine Verstärkung der Rechtsstellung des Vaters gefordert. Die Kritik stützt sich auf das Grundgesetz, speziell auf das durch Art. 6 Abs. 2 garantierte Elternrecht und den Grundsatz der Gleichberechtigung (Art. 3 GG).

1) Verletzung des Art. 6 Abs. 2 GG

Die auf dem Elternrecht des nichtehelichen Vaters fußende Kritik stand zunächst der Schwierigkeit gegenüber, der Verfassung das von der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung[1] bisher nahezu einmütig abgelehnte Elternrecht des nichtehelichen Vaters zu entnehmen.
Simitis[2] umgeht diese Schwierigkeit mit der nicht weiter begründeten Behauptung, auch Art. 6 Abs. 2 GG wolle bedacht sein. Storr[3] ist der Ansicht, es handele sich hier um ein nicht aberkennungsfähiges Naturrecht; die Verfassungsgeschichte spreche insoweit für den nichtehelichen Vater.

---

1) Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 6 Rdnr. 25; Wernicke, Bonner Kommentar Art. 6 II 2 c; Hansmann, FamRZ 1962, 452 (454); BayVerfGH, Entscheidung v. 28. 1. 1963, FamRZ 1963, 147; Mangoldt-Klein, GG 272; Hamann-Lenz, GG Art. 6 Anm. B 4; a.A.: Krüger in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Grundrecht Bd. IV 1, 225, 342, 354.

2) StAZ 1970,255 (264).

3) Der Verfassungsauftrag, 80.

Hahnzog[1] wendet den vom Bundesverfassungsgericht[2] für die Feststellung des Elternrechts der nichtehelichen Mutter entwickelten Grundsatz auch hier an. Danach soll es darauf ankommen, ob man davon ausgehen kann, "daß diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen." Dazu führt er aus, selbst Skeptiker könnten nicht leugnen, daß ein nichtehelicher Vater bei richtiger Einstellung dazu fähig sei, die für die Entwicklung des Kindes so wichtige Bezugsstelle als Vater auszufüllen. Unabhängig von ihren unterschiedlichen für das Bestehen des Elternrechts angeführten Begründungen, deren Tragweite hier nicht untersucht werden soll, äußern die oben genannten Autoren übereinstimmend Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung.
Zurückhaltend stellt Hahnzog[3] fest, "es könnten in der Tat Bedenken aus Art. 6 Abs. 2 GG gegen den äußerst geringen Schutz seiner Beziehungen zum Kind bestehen." Simitis[4] kritisiert in diesem Zusammenhang insbesondere die Sorge- und die Verkehrsrechtsregelung, Storr[5] die Verteilung der elterlichen Gewalt.

2) Verletzung des Art. 3 GG

Für Gernhuber[6] stellt sich die Frage nach dem Elternrecht des nichtehelichen Vaters nicht, da er davon ausgeht, daß die Verteilung elterlicher Befugnisse nicht an Art. 6 Abs. 2

---

1) FamRZ 1971, 334(337).
2) BVerfGE 24, 119(150).
3) FamRZ 1971, 334(338).
4) StAZ 1970, 255 (263/264).
5) Der Verfassungsauftrag, 88.
6) Familienrecht, 678.

GG zu messen sei. Solange die elterlichen Befugnisse überhaupt einem Elternteil übertragen seien, sei der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG nicht tangiert: er schütze als bloßes staatsgerichtetes Abwehrrecht nicht die Verteilung elterlicher Befugnisse unter den Eltern, sondern nur den Bestand als solchen. Die Verfassungsmäßigkeit der Verteilung sei an Art. 3 Abs. 2 GG zu messen[1]. Dies bedeute nicht, daß beide Elternteile gleiche Rechte haben müßten, dies sei auch bei den ehelichen Eltern nicht der Fall. Es bedeute allerdings, daß der Vater, da die Verfassung ihn nicht vom Erzeuger unterscheide, wenigstens die Möglichkeit der Erlangung der elterlichen Gewalt auch gegen den Willen der Mutter haben müsse. Dies gelte selbst dann, wenn man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folge (BVerfGE 26,272), wonach die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG im Verhältnis Vater-Mutter dort ihre Grenze findet, wo auf diesem Wege das in Art. 6 Abs. 5 GG gesetzte Ziel beeinträchtigt werden könnte. Sprächen im Einzelfall Gründe dagegen, könnten diese durchaus Berücksichtigung finden. Im übrigen stelle die personenrechtliche Stellung des Vaters nach der Reform eine "Entrechtung" dar.
Wie bei Gernhuber setzen auch die Bedenken Langes[2] bei Art. 3 GG an. Die Verpflichtungen des nichtehelichen Vaters entsprächen nicht seinen Rechten. Zwar dürften dem Vater keine Rechte zugebilligt werden, die das Kind gefährdeten, aber ob eine so weitgehende Ausschaltung notwendig und mit Art. 3 GG vereinbar sei, bedürfe noch der Überpfüung.

---

1) Diese Ansicht wird jedoch offenbar für die spezielle Frage nach Zustimmung oder Anhörung bei der Adoption fallengelassen, siehe FamRZ 1973,229 (239 Fn. 65).

2) NJW 1970,297 (298).

II. Die Relevanz ausschließlich verfassungsrechtlicher Argumentation bei der Untersuchung der Frage, ob die gesetzlich neu geschaffene personenrechtliche Beziehung den an sie gestellten Anforderungen genügt.

Ohne Frage hat das Nichtehelichengesetz, wie jedes einfache Gesetz, im Einklang mit der Verfassung zu stehen. Auch wenn man sich mit Gernhuber[1] vielleicht des Gefühls nicht erwehren kann, daß die Kritik hier die Verfassung überstrapaziert, kann die Behauptung des Verstoßes gegen das Elternrecht bzw. den Gleichberechtigungsgrundsatz nicht einfach beiseitegeschoben werden.
Die Behauptung der Verletzung eines Rechts setzt voraus, daß Inhalt und Umfang dieses Rechts wenigstens feststellbar sind. Zu untersuchen ist daher, welche Befugnisse sich aus der Zuweisung eines Elternrechts und der Anwendung des Gleichberechtigungsgrundsatzes für den nichtehelichen Vater ergeben.

1) Aus dem Elternrecht ableitbare Entscheidungskriterien

Nach Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Konkretisiert sind die sich daraus ergebenden Befugnisse und Pflichten u.a. in den bisher vom Bundesverfassungsgericht bis auf den Vorrang des Vaters nicht beanstandeten Vorschriften des BGB. Freilich steht damit nicht fest, daß eine von der Regelung des BGB abweichende Ordnung elterlicher Befugnisse und Pflichten verfassungswidrig wäre. Zumindest theoretisch denkbar ist ein weites Spektrum unterschiedlicher verfassungsmäßiger gesetzlicher Ausgestaltungen des Eltern-Kind-Verhältnisses.

---

1) FamRZ 1973, 229 (243 Fn. 107).

Diese Denkmöglichkeiten stehen jedoch hier gar nicht zur Diskussion: die Erörterung des Elternrechts nichtehelicher Väter verläuft ausschließlich vor dem Hintergrund der konkreten Ausgestaltung des Elternrechts ehelicher Eltern im BGB. Welche Befugnisse Art. 6 Abs. 2 GG aber dem nichtehelichen Vater garantiert, wird von niemandem dargelegt. Einhelligkeit besteht nur darüber, daß es nicht die Bedeutung und den Inhalt des Elternrechts ehelicher Eltern haben soll: Simitis[1] spricht von einem Elternrecht mit beschränkter Bedeutung, Hahnzog[2] hält Einschränkungen des Rechts des nichtehelichen Vaters für zulässig.
Sofern mit dieser Einschränkung bzw. dieser beschränkten Bedeutung auf das regelmäßige Getrenntleben von nichtehelichem Vater und Kind Bezug genommen wird, handelt es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit: Befugnisse eines regelmäßig nicht mit dem Kind zusammenlebenden Vaters müssen in einigen Bereichen anders ausgestaltet sein als die Rechte der Väter, die mit ihrer Familie zusammenleben. Zwar gibt es auch Bereiche, bei denen die räumliche Trennung keine Rolle spielt; so etwa für das Erbrecht oder bei der Unterhaltsregelung. Viele Fragen stellen sich jedoch bei einer Trennung von Vater und Kind anders als sonst. Die Ausgestaltung der persönlichen Kontakte etwa ist beim Zusammenleben der Familie kaum regelungsbedürftig; anders bei einer Trennung, insbesondere dann, wenn der die elterliche Gewalt innehabende Elternteil den Kontakt nicht will. Die Frage der Auswahl des Inhabers der elterlichen Gewalt muß beantwortet werden ebenso wie das "ob" und das "wie" der Beteiligung des nicht die elterliche Gewalt innehabenden Elternteils an Entscheidungen für und über das Kind.

---

1) StAZ 1970,255 (264).
2) FamRZ 1971,334 (337).

Mangels Vergleichbarkeit kann daher das Elternrecht der mit dem Kind zusammenlebenden Eltern für die konkrete Ausgestaltung der elterlichen Befugnisse nicht mit dem Kind zusammenlebender Eltern wenig beitragen.

Will man sich also überhaupt an bereits konkretisierten elterlichen Befugnissen orientieren, dürften hier nur diejenigen geschiedener oder getrennt lebender Eltern in Frage kommen; im Verhältnis zu ihren Kindern entstehen durch die Trennung jedenfalls teilweise auch die Probleme, die auch für nichteheliche, getrennt lebende Eltern regelungsbedürftig sind. An eine solche Konkretisierung denken die Kritiker des NEG jedoch teilweise nicht. Zwar befürwortet Simitis[1] eine Orientierung des Besuchsrechts des nichtehelichen Vaters am Besuchsrecht nach der Scheidung (§ 1634 BGB). Für die übrige Rechtsstellung im übrigen soll dies aber nicht gelten. Ebenso schränkt Gernhuber ein: "Scheidungswaisen rücken in einem derart konzipierten Familienrecht in die Nähe der nichtehelichen Kinder, nicht vollständig vielleicht, aber doch weithin."[2] Wenn aber das Elternrecht der nichtehelichen Eltern nicht einmal den Inhalt und die Bedeutung des Restelternrechts geschiedener Eltern haben soll, fragt es sich, was mit der Zuerkennung eines Elternrechts im Sinne des Art. 6 II GG überhaupt gewonnen ist. Was garantiert es dem nichtehelichen Vater? Wann ist es verletzt?
Die bloße Postulation des Rechts gibt darauf keine Antwort; mit der Verfassung allein lassen sich Lösungen nicht finden.

2) Aus der Gleichberechtigung ableitbare Entscheidungskriterien

Die Schwierigkeit, dem Elternrecht bestimmte Grenzen für die Gestaltung der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters zu

---

1) StAZ 1970, 255 (264).
2) FamRZ 1973, 229 (244).

entnehmen, beruht jedoch nicht auf seinem besonderen Charakter. Sie tritt in gleicher Weise auf, wenn z. B. versucht wird, mit Hilfe des Art. 3 GG die Verfassungswidrigkeit bestimmter Entscheidungen des Gesetzgebers zu begründen. Kann etwa für die Frage, ob der nichteheliche Vater die Möglichkeit haben muß, die elterliche Gewalt über das Kind gegen den Willen der Mutter zu erlangen[1], das Argument entscheidend sein, der Mutter stehe ein solches Recht ebenfalls zu? Und wenn konzediert wird, daß aus Art. 3 II GG nicht die Folgerung jeweils gleicher Rechte für beide Elternteile zu ziehen ist[2], ist damit zur Grenze der konkreten Ausgestaltung dieser Rechte noch nichts gesagt. Mit der Gleichberechtigung allein kann eine Verfassungswidrigkeit der Rechtsstellung des Vaters nicht begründet werden.

III. Die notwendige Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse

Daß hier Entscheidungskriterien fehlen, wird offenbar auch erkannt, wenn von Besonderheiten im nichtehelichen Vater - Kind - Verhältnis oder vom Elternrecht mit beschränkter Bedeutung gesprochen wird. Statt diesen Besonderheiten aber auf den Grund zu gehen, werden Behauptungen aufgestellt: Warum kann z.B. nicht die Vaterschaft im Vermögens- und Unterhaltsrecht vollwertiger Anknüpfungspunkt sein, im Personenrecht jedoch vernachlässigt werden[3] und warum muß dem nichtehelichen Vater eine "Chance" gegeben werden, seine Verantwortung für das Kind zu beweisen[4]? Entsprechen die Verpflichtungen wirklich nicht den Rechten des Vaters, und wenn: warum sollen sie es überhaupt[5]? Ist es richtig, daß das Gesetz sich hier die Meinung zu eigen macht, die den Vater als

---

1) Gernhuber, Familienrecht, 697.

2) ebenda.

3) Gernhuber, FamRZ 1973,229 (243).

4) Gernhuber, FamRZ 1973,229 (243); Beitzke, Familienrecht § 30 III 2.

5) Lange, NJW 1970,297 (298).

desinteressiert, ja dem Kind feindlich gesinnt darstellt[1]? Statt solche Behauptungen und Vermutungen aufzustellen wäre es notwendig, sich der vorhandenen tatsächlichen Grundlagen des zu regelnden Sachverhalts zu versichern. Die Ernsthaftigkeit der Aussage, man stünde solchen Erkenntnissen offen gegenüber[2], muß jedoch bezweifelt werden angesichts der Reaktion auf Forderungen, die von Seiten der Soziologie, Psychologie und Pädagogik als Konsequenz aus gewonnenen Erkenntnissen vorgebracht wurden: Man hegt den Verdacht, daß hinter dem Anspruch der Wissenschaft auch der Anspruch des nach Uniformität strebenden Kollektivs stehen könne[3] und weist darauf hin, daß Forderungen zuweilen unsachlich vorgetragen worden seien, allzu undifferenziert und deutlich ohne überzeugenden Einblick in die Rechtslage[4].
Gerade der Versuch, persönlichen Beziehungen zwischen Menschen eine rechtliche Grundlage zu unterlegen, kann jedoch nur gelingen auf dem Boden umfangreicher Kenntnisse auf dem Gebiet der Beziehungen von Menschen zueinander. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um eine neue Materie handelt, die nur im Wege des Vergleichs mit ähnlich gelagerten Sachverhalten zu erschließen ist.
Es ist deshalb zunächst die Frage zu stellen, was ein Vater zur leiblichen und seelischen Entwicklung seines Kindes in der Gesellschaft im Normalfall beiträgt. Als gesetzlichem und tatsächlichem Regelfall ist dabei davon auszugehen, daß ein Kind in einer vom Vater, der Mutter und ihm selbst gebildeten - von der Rechtsordnung geschützten - Familie aufwächst. Was geschieht, wenn die Mutter durch Tod aus der Familie ausscheidet? Geschieht dasselbe, wenn der Vater stirbt? Ist der Tod eines Familienmitglieds gleichzusetzen

---

1) Simitis, StAZ 1970, 255 (263).
2) Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (236); Familienrecht, 678.
3) Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (233); Lüderitz, Adoption, 59 Anm. 182.
4) Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (238).

mit einem Ausscheiden durch Scheidung, einverständliche Trennung oder Verlassen der Familie? Hier muß festgestellt werden, ob negative Auswirkungen für die Entwicklung des Kindes als regelmäßige Folge eintreten oder ob der andere Elternteil die Funktionen des weggefallenen übernehmen kann.
Anschließend ist zu eruieren, ob diese Feststellungen auch dann gelten, wenn eine Familie von Anfang an unvollständig ist, wie dies bei einer Familie aus nichtehelicher Mutter und ihrem Kind der Fall ist und wie es auch bei einer Vater-Kind-Familie der Fall sein könnte. Spielt die Nichtehelichkeit hier eine Rolle?
Die Beantwortung dieser Fragen ist Voraussetzung für eine Äußerung über die elterliche Gewalt. Ähnliches gilt bei der Frage des persönlichen Kontakts: Wie ist die Reaktion auf den Besuch eines geschiedenen oder getrennt lebenden Elternteils? Sind diese Dinge auf den persönlichen Kontakt eines nichtehelichen Elternteils übertragbar? Schließlich wird zu klären sein, welche Auswirkungen ein Anhörungsrecht nach sich zieht.

C. Die deutsche Regelung vor dem Hintergrund sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse und Postulate

I. Befunde und daraus zu ziehende Schlußfolgerungen

1) Zur Frage, welcher Elternteil unter welchen Voraussetzungen mit der alleinigen Erziehung des Kindes beauftragt werden soll.

a) Die regelmäßige Funktionsaufteilung zwischen zwei zusammenlebenden Eltern bei der Erziehung eines Kindes.

Neben der Sorge für das leibliche Wohl ihrer auf sie angewiesenen Kinder ist wesentliche Aufgabe der Eltern die sogenannte familiale kindliche Sozialisation, die Vermittlung der in der Gesellschaft herrschenden Werte, Normen und Techniken des Lebens, die das Ziel hat, das Kind im Rahmen der kulturellen, sozialen und materiellen Bedingungen seiner eigenen Gesellschaft lebens- und funktionstüchtig zu machen[1]. Bei der Ausführung[2] dieser Aufgabe hat sich eine gewisse

---

1) Der Sozialisationsprozeß wird nicht allein von der Familie getragen. Zunehmende Teile sind auf außerfamiliale Erziehungs- und Ausbildungseinrichtungen übergegangen (Kindergarten, Schule, Universitäten) (Neidhardt, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 180). Zur Kritik der familialen Sozialisation Claessens/Menne, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 14 (Soziologie der Familie) 169 (187); Neidhardt, ebda, 144 (155) und in: Die Familie in Deutschland, 64/65.

2) Es werden folgende Arten der elterlichen Erziehungseinwirkung unterschieden:
   a) Ausübung von Normfunktionen, indem die Eltern sich entsprechend ihren Erziehungsleitbildern mit spezifischen Belohnungs- und Bestrafungstechniken verbietend oder vorschreibend den Kindern zuwenden.
   b) Ausübung von Demonstrationsfunktionen, indem die Eltern ohne spezifisch pädagogische Absichten ihren Kindern ein Lebensmodell vermitteln, das von diesen durch Imitation oder Identifikation übernommen wird.
   c) Ausübung von Lenkungsfunktionen durch Vermittlung der Kinder an außerfamiale Sozialisationsmilieus; indirekte Erziehungseinflüsse durch Plazierung in Nachbarschaft, Freundeskreisen, Kindergarten, Kirche, Schulen, Vereine (Neidhard, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 181).

Rollendifferenzierung entwickelt[1]. Die Mutter ist hauptsächlich Vermittlerin der sogenannten familistischen Wertorientierung[2]; im Wege der Identifikation mit ihr übernimmt das Kind Bestandteile ihres Verhaltens, z.B. Liebe, Zutrauen, Solidarität, also solche sozialen Beziehungen, die als diffus, emotional und partikularistisch gekennzeichnet sind[3]. Es handelt sich um Positionen des familiären, "inneren" Systems mit vorwiegend expressiven Funktionen, die in erster Linie die internen Beziehungen der Gruppenmitglieder untereinander betreffen[4].
Mit dem ausschließlichen Erlernen dieser Verhaltensbestandteile ist jedoch erfolgreiches Bestehen in der außerfamilialen Gesellschaft nicht möglich; erforderlich ist darüber hinaus für die außerhalb der Familie liegenden sozialen, wirtschaftlichen und politischen Aufgaben das Erlernen von Sozialbeziehungen spezifisch instrumentaler und universaler Art, Positionen im sogenannten "äußeren" System, die zweckrationalem Handeln verpflichtet sind[5].

Die Vermittlung solcher Fähigkeiten, die die Familie nicht fordert, kann sie nicht leisten. Sie stellt nur einen Pol gesellschaftlichen Lebens dar, dessen besondere Werte und Verhaltensmaßstäbe zudem bereits aus wesentlichen Funktionsbereichen der Gesellschaft desintegriert sind[6]. Die erfolg-

---

1) Neidhardt, Die Familie in Deutschland, 10; Zelditch, Family Socialisation and Interacting Process, 312; Slater, 67 The American Journal of Sociology, 296, 297 (1961/62); Riegel, RuG 103 (105/106).

2) Neidhardt, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 184.

3) ebenda, 179.

4) ebenda, 183; Parsons, Family Structure, 45, 47.

5) Neidhardt, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 183; Neidhardt, Die Familie in Deutschland, 10; Parsons, Family Structure, 45, 47.

6) Neidhardt, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 180.

reiche Gesamtsozialisation setzt jedoch eine positive Entsprechung familialer und öffentlicher Sozialisation voraus. Dazu ist erforderlich, daß das Kind schon in der Familie zumindest in Ansätzen auf Werte, Normen und Techniken vorbereitet wird, welche die Träger öffentlicher Sozialisation definitiv vermitteln sollen[1]. In diesem Bereich liegt bisher primär die Aufgabe des Vaters: er teilt die im beruflichen und gesellschaftlichen Leben täglich an ihn herangetragenen Ansprüche für das Bestehen und Avancieren in dem Bereich außerhalb der Familie mit.

b) Die Fähigkeit zur Übernahme der Funktionen des anderen Elternteils

Auch ursprünglich vollständige Familien können - durch Tod, Scheidung, Separation oder Desertion[2] - zu unvollständigen Einheiten werden und damit in ihrem personellen Bestand der regelmäßig ursprünglich unvollständigen nichtehelichen Familie (gebildet aus dem Kind und Vater oder Mutter) entsprechen. Die Folgen des Wegfalls eines Sozialisationsagenten für die Sozialisation eines Kindes werden nach neuerer Auffassung weniger kritisch beurteilt als früher. 1955 hatte Zelditch die Auffassung vertreten, daß das Vorhandensein zweier Elternteile über die Zeugung hinaus für eine erfolgreiche kindliche Sozialisation erforderlich sei: "Why after all are two parents necessary? For one thing, to be a stable focus of integration, the integrative-expressive "leader" can't be off on adoptive-instrumental errands all the time. For another, a stable, secure attitude of members depends, it can be assumed, on a clear structure being given to the situation so that a uncertain responsibility for emotional warmth, for instance,

---

1) Neidhardt, Schichtspezifische Elterneinflüsse, 180.

2) Desertion bedeutet ein Verlassen der Familie, ohne daß darüber - wie bei der Separation - ein Konsens herbeigeführt worden wäre.

raises significant problems for the stability of the system... We can say, then, that the system must differentiate behaviors and attitudes in order to continue to exist as a system"[1].

Die vollständige Mitausübung der elterlichen Funktion eines weggefallenen Elternteils durch den verbliebenen wäre danach nicht denkbar, ein Sozialisationsdefizit bei dem aufzuziehenden Kind wäre unvermeidbar.

Diese Auffassung wird jedoch heute nicht mehr vertreten. Zwar besteht noch dahingehend Übereinstimmung, daß bei Vorhandensein beider Elternteile jeder überwiegend die ihm bisher zugeordneten Funktionen wahrnimmt. Jedoch ist bereits die Zuordnung der Funktionen in der Familie nicht mehr so ausschließlich wie zu Zeiten der reinen Hausfrauenehe: auch die Mutter kann heute in der Lage sein, die Grundlagen für die familienexterne Sozialisation zu legen, da sie in zunehmendem Maße nicht mehr nur auf eine Hausfrauenrolle vorbereitet wird, sondern zumindest vor der Ehe eine Zeit lang einen Beruf ausgeübt hat. Zwar erscheint die von Slater[2] vertretene Ansicht, zwei Eltern seien nur zur Zeugung eines Kindes notwendig, überspitzt, denn Zelditch kann wohl insoweit nicht widersprochen werden, als er das Vorhandensein zweier Elternteile als fördernd für die Konsistenz des elterlichen Auftretens gegenüber dem Kind ansieht. Zwei Elternteile, die zwar jeweils nach verschiedenen Kriterien entscheiden, diese aber durchgängig zugrundelegen, sind für ein Kind besser begreifbar als ein Elternteil, der abwechselnd die einen oder die anderen Kriterien verwendet und damit ein Vertrauen auf eine bestimmte Entscheidung nicht entstehen lassen kann. Die Argumentation Zelditchs läßt jedoch z. B. außer Acht, daß viele Entscheidungen, die das Kind betreffen, von beiden Eltern gemeinsam getroffen werden. Auch in diesen Fällen muß die von beiden Eltern zu vertretende Entscheidung in der Person des einen

---

1) Role differentiation 307 (312).

2) 67 Am.J.o.Sociology 296, 298 (1961/1962).

als inkonsistente Entscheidung erscheinen. Zwei Eltern garantieren also keineswegs konstantes elterliches Verhalten. Im übrigen erscheint es wenig realitätsnah, von der Voraussetzung auszugehen, ein Elternteil würde immer und ausschließlich nach denselben Kriterien entscheiden.
Die Vernachlässigung dieser Gesichtspunkte mußte dazu führen, daß ein Ausfall im personalen Bestand einer Familie von Zelditch weitaus folgeschwerer bewertet wurde, als dies nach neuerer Ansicht der Fall ist.
Hierbei sind jedoch Unterschiede nach der Art des Wegfalls des einen Elternteils festzustellen: Tritt die Desorganisation durch Tod eines Familienmitglieds ein, so bedeutet dies zwar eine Krise für die Familie, sie paßt sich der veränderten Lage jedoch relativ schnell an[1]. Schwieriger ist die Situation, wenn der Vater die Familie verläßt: die Möglichkeit der Wiederkehr und die fortbestehende rechtliche Bindung erschweren die Anpassung[2]; ähnliches gilt für die einverständliche Trennung von Ehegatten[3]. Besonders bei einer Scheidung ergeben sich häufig langandauernde Anpassungsprobleme; hierbei wird dem Besuchsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils eine verlängernde Wirkung zugeschrieben[4].

aa) Die Fähigkeit der Mutter zur Übernahme der Vaterfunktionen

Auf dem Gebiet der Desorganisation einer ursprünglich vollständigen Familie durch Wegfall des Vaters stützt man sich insbesondere auf die Ergebnisse der Arbeit "Untersuchungen zur Frage der Berufswahl vaterverwaister Mädchen aus unvollständigen Familien" von R. Haak[5]. Die Bearbeiterin stellt fest,

---

1) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, 255/256.
2) Staempfli, Die unvollständige Familie, 82.
3) Staempfli, Die unvollständige Familie, 73-75.
4) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2,281.
5) in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 7 (1955) 70-92.

daß jedenfalls bei einem Mangel im personalen Inventar der Familie durch Tod oder Vermißtsein des Vaters die Mutter die Funktionen des Vaters erfolgreich übernehmen kann. Sie stellt ein Bestreben der Mütter fest, den Töchtern bessere Chancen zu verschaffen, als sie selbst hatten und eine geordnete Berufsausbildung selbst auf Kosten eines schnelleren Verdienstes zu sichern. Sie faßt ihre Untersuchungen wie folgt zusammen: "Letzteres Ergebnis unserer Untersuchungen ist, daß eine durch den Ausfall des Vaters in ihrem Rollen- und Funktioneninventar gestörte Familie trotz allen Schwierigkeiten voll und ganz ihrer Aufgabe gewachsen sein kann, dem jungen Menschen den Weg in die gesamtgesellschaftlichen Bezüge zu ebnen, zu deren wichtigsten Arbeit und Beruf gehören" (S. 92). Dieses Einzelergebnis auf dem Gebiet der Erziehung vaterverwaister Mädchen ist natürlich nicht unbeschränkt verallgemeinerungsfähig. Hervorgehoben werden soll hier nur, daß es in einem Bereich erzielt wurde, der üblicherweise besonders der Beeinflussung durch den Vater zugeordnet wird, und daß die eigene Berufstätigkeit der Mutter offenbar ihre Fähigkeit, die Funktion des Vaters zu übernehmen, fördert. Die Desorganisation -soweit sie nur durch Ausfallerscheinungen im personalen Inventar der Familie gekennzeichnet ist und es sich um eine ursprünglich vollständige Familie handelt - kann also nicht von vornherein als Grund für ein Sozialisationsdefizit bezeichnet werden. Dies scheint auch in der Öffentlichkeit nicht der Fall zu sein: es ist jedenfalls nicht bekannt, daß vaterverwaiste Kinder aus ehelichen Familien so negativ eingeschätzt werden wie nichteheliche, die in der Vorstellung der Bevölkerung vielfältig anormal, kontaktgehemmt, ökonomisch schwach, lästig und

gefährlich sind[1].

bb) Die Fähigkeit des Vaters zur Übernahme der Mutterfunktionen

Die Fähigkeit des Vaters zur Übernahme der Mutterfunktionen wird weitaus weniger positiv beurteilt als die umgekehrte der Mutter. König faßt die vorliegenden Untersuchungsergebnisse folgendermaßen zusammen:
"Die Situation des Witwers ist dergestalt, daß er zwar den Unterhalt der Familie sicherstellen, aber nicht als emotionales Zentrum der Familie wirken kann... Unter durchschnittlichen Verhältnissen scheinen uns die instrumentalen Fragen (wie die Berufsorientierung) leichter zu lösen als die emotionalen...[2]. Diese Aussage wird gestützt durch die Tatsache, daß geschiedene personensorgeberechtigte Väter eher und häufiger ein weiteres Mal heiraten als Mütter in derselben Situation"[3]. Die Gefahr des Auftretens von Sozialisationsschäden bei den zu erziehenden Kindern kann daher bei einer nachträglich eintretenden Desorganisation einer Familie aufgrund des Todes der Mutter oder Scheidung der Eltern und Verbleib der Kinder beim Vater

---

1) Ergebnis der Umfrage von Lautmann u.a. "Zur Struktur von Stigmata", veröffentl. in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1972, 83 (96). Angesichts dieser neueren Ergebnisse erscheint eine Umfrage von 1964 erstaunlich, die zwar keine vollständige Überwindung, wohl aber eine Abschwächung der ablehnenden Haltung gegenüber nichtehelichen Müttern und Kindern ergeben hatte (Schadendorf, Uneheliche Kinder, 120). Ein Grund für die Diskrepanz mag darin liegen, daß auf eine direkte Befragung hin ein Vorurteil selten zugegeben werden dürfte, wohingegen themenbezogene allgemeine Ausführungen desselben Befragten durchaus Vorurteile offenbaren können.

2) Handbuch der empirischen Sozialforschung, 2. Band 256/257; siehe auch Stæmpfli,Die unvollständige Familie, 58.

3) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, 2. Band, 256.

nicht von der Hand gewiesen werden[1].

c) Der Einfluß der Nichtehelichkeit auf die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit der Eltern

Die Ergebnisse zu a) und b) beruhen ausschließlich auf Untersuchungen zur Sozialisationsfähigkeit alleinstehender ehelicher Eltern. Es bleibt daher zu prüfen, ob und ggf. welchen Einfluß die Nichtehelichkeit auf die Sozialisationsfähigkeit der Eltern hat.

aa) Die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Mütter

Aufbauend auf den Untersuchungen von Hildegard Kipp[2] vertritt König[3] die Ansicht, daß das Verhältnis der nichtehelichen Mutter zu ihrem Kind gekennzeichnet sei durch emotionale Störungen, die den Sozialisationserfolg in Frage stellen können: "Nicht einmal die Stellung der Mutter zu ihm ist eindeutig: es wächst entweder in einer Atmosphäre überspannter Liebe oder ebenso überspannten Hasses auf". Diese Beurteilung mag für die Gegenwart und die Zukunft etwas überspitzt klingen, insbesondere weil zu erwarten steht, daß infolge der Änderung des Abtreibungsparagraphen und der zunehmenden Empfängnisverhütung wenigstens die Anzahl der ungewollten Kinder zurückgehen wird, bei denen emotio-

---

1) Damit soll nicht behauptet werden, es handele sich hier um eine unveränderliche Tatsache. Genauso wie Mädchen heute immer mehr auf Mutterrolle und Berufstätigkeit vorbereitet werden, können auch Jungen mehr an die Vermittlung familistischer Werte herangeführt werden. Das kann bedeuten, daß auch Väter in Zukunft imstande sein werden, mütterliche Erziehungsfunktionen zu übernehmen. Für die Gegenwart und die nähere Zukunft dürfte jedoch mit einer gezielten Vorbereitung von Jungen auf die Hausmann- und Muttersatzrolle entsprechend der Berufsausbildung der Mädchen kaum zu rechnen sein.

2) "Die Unehelichkeit", Leipzig 1933.

3) Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, 265.

nale Störungen im Verhältnis zu ihren Eltern am ehesten erwartet werden können[1]. Jedoch wird auch den gewünschten nichtehelichen Kindern eine wesentliche Sozialisationsvoraussetzung fehlen: die rechtliche Zuordnung zu einem dauerhaften und rechtlich geschützten Familienverband. Erst die Heirat des Vaters mit der Mutter plaziert das Kind in der Gesellschaft; sie verschafft ihm eine unzweideutige Rolle gegenüber Familienangehörigen und Fremden, ordnet es in die Struktur der anerkannten verwandtschaftlichen Positionen ein und verschafft soziale Anerkennung[2]. Die soziale Plazierung ist wesentliche Voraussetzung für das Gelingen der Vermittlung der in der Gesellschaft herrschenden Werte, Normen und Techniken des Lebens[3] d.h. bei der kindlichen Sozialisation. Unehelichen Kindern fehlt die unzweideutige Rolle gegenüber der Vaterfamilie, ihre soziale Anerkennung entspricht nicht der der ehelichen Kinder. Ihre Sozialisation erscheint gefährdet.

bb) Die Bewertung der Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Väter

Untersuchungen über den Einfluß der Nichtehelichkeit auf die Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Väter liegen

---

1) Wenig zur Tatsachenerhellung beitragen dürften die Erklärungen von 87 % der nichtehelichen Mütter, sie fühlten sich sehr glücklich oder zufrieden mit ihrem Kind (R. Junker, Die Lage der Mütter in der BRD, Teil 2, 451, zitiert nach Lautmann u.a., Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (1972), 94 Fn. 16). Direkte Fragen dieser Art erscheinen wenig geeignet, wahrheitsgemäße Antworten hervorzurufen.

2) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, 207; Goode, Soziologie der Familie, 44-48.

3) Goode, Struktur der Familie, 34; König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, 207.

meines Wissens nicht vor. Zwar hat es einige Fälle gegeben, in denen nichteheliche Kinder ohne legitimiert zu sein, bei ihren Vätern lebten[1], auf die Frage der Sozialisationsfähigkeit der betroffenen Väter hin wurden sie jedoch nicht untersucht. Es kann daher nichts dazu gesagt werden, ob der Mangel der sozialen Plazierung auch auftritt, wenn das Kind beim Vater lebt, oder ob dies eine Legitimation voraussetzt. Ebenso bleibt offen, ob die Sozialisationsschwächen alleinstehender ehelicher Väter in gleicher Weise bei den nichtehelichen auftreten: immerhin erscheint es nicht ausgeschlossen, daß diese Schwächen ehelicher Väter mit darin begründet sind, daß solche Väter häufig die Regelfunktionsaufteilung zwischen Vater und Mutter bereits längere Zeit vollzogen haben, so daß sie sich möglicherweise nicht mehr umstellen können oder wollen. Dazu kommt, daß ein Witwer die beim Tod seiner Frau auf ihn zukommenden Funktionen nicht freiwillig übernimmt. Unter solchen Bedingungen ist die Wahrscheinlichkeit groß, daß dem Vater die Übernahme der Mutterfunktion nicht gelingt, und er die ursprüngliche Rollenverteilung durch eine Ehe wiederherstellen möchte. Allerdings kann auch die Häufigkeit der Wiederverheiratung nicht als zwingendes Argument für die Sozialisationsschwäche ehelicher Väter angesehen werden; schließlich dürften bei einer weiteren Heirat des Vaters nicht ausschließlich Gesichtspunkte der besseren Erziehung und Versorgung der Kinder maßgebend sein. Die Frage der Beeinflussung der Sozialisationsfähigkeit von Vätern durch die Nichtehelichkeit der Kinder muß daher offen bleiben.

Bedenken gegen das Aufwachsen nichtehelicher Kinder bei ihren Vätern werden vielleicht auch deshalb weniger aus mangelnder Sozialisationsfähigkeit nichtehelicher Väter hergeleitet als aus Zweifeln an ihrer Sozialisationswilligkeit.

---

1) Quelle: Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (243).

Es wird etwa befürchtet, ein nichtehelicher Vater könne die Erziehung des Kindes nur übernehmen wollen, um die Zahlung des Unterhalts in Geld zu sparen. Zu befürchten sei auch ein häufiger Wechsel der Pflegepersonen, der beim Kind Unsicherheit darüber entstehen lasse, wohin es eigentlich gehöre. Während das Kind sich durch Abwesenheit von der Mutterfamilie entfremde, sei die Integration in die Vaterfamilie nicht gesichert[1].

Der gewinnsüchtigen Motivation, die dem sich um die Erziehung des Kindes bemühenden Vaters unterlegt wird, fehlt jede Grundlage. Daß sich nichteheliche Väter vielfach ihrer Zahlungspflicht entziehen, ist zwar bekannt. Daraus aber zu schließen, sie würden - ganz unabhängig von ihrem Verhältnis zu dem Kind - anstatt zu zahlen lieber das Kind zu sich nehmen (wenn dazu eine Legitimation nicht erforderlich ist), ist absurd. Darüber hinaus ist es noch sehr fraglich, ob - auch bei angemessenen Unterhaltszahlungen - derjenige, der seine Verpflichtung zum Unterhalt des Kindes in natura erfüllt, wirklich besser steht als derjenige, der den Unterhalt in Geld leistet[2]. Aber wenn dem nichtehelichen Vater schon Gewinnsucht unterstellt wird: wird er sich dann durch eine Ehelicherklärung von seinen Plänen abhalten lassen, wo doch deren Voraussetzungen - wenn auch aus anderen Gründen - bewußt sehr niedrig angesetzt wurden[2] und

---

1) Amtl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1705 BGB, Bundesratsdrucks. 468/67, abgedruckt bei Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichenrecht, 262.

2) Bei einer Aufnahme des Kindes in den Haushalt des Vaters würde der Vater von seiner Unterhaltsverpflichtung in Geld befreit sein, LG Darmstadt, Beschl. v. 26.1.1972, DAV 1972, 309. Da die Mutter nicht den Vorschriften über die Gewährung des Regelunterhalts unterliegt, wäre sie nur nach allgemeinen Unterhaltsregeln verpflichtet. Die Belastung des Vaters würde sich also durch die Übernahme der elterlichen Gewalt erhöhen. Ob der Vater diese ausgleicht, dürfte ebensowenig nachprüfbar sein, wie die zweckentsprechende Verwendung des vom Vater an die Mutter gezahlten Geldes.

3) Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, 264.

die vermögensrechtlichen Konsequenzen im Wege des Testaments leicht rückgängig zu machen sind?

Nicht auszuschließen ist die Gefahr, daß das Kind zwischen den beiden elterlichen Familien hin- und hergeschoben wird. Warum diese Gefahr jedoch bei nichtehelichen Vätern größer sein soll als bei geschiedenen oder von ihrer Frau getrennt lebenden Vätern, bleibt unerfindlich. Die bereits vorhandene rechtliche Beziehung zwischen ehelichen Eltern und ihren Kindern kann wohl nicht automatisch mit mehr Liebe und Sorge für das Wohl des Kindes verknüpft werden. Begründete Bedenken an der Sozialisationswilligkeit nichtehelicher Väter können daher kaum geltend gemacht werden.

cc) Der ausschlaggebende Faktor: Die Nichtehelichkeit

Die Ausführungen zur Sozialisationsfähigkeit lassen erkennen, daß bei der nichtehelichen Mutter in der Regel Sozialisationsschwächen ursächlich auf ihrer Einstufung als nichtehelich beruhen. Die Benachteiligung nichtehelicher Kinder, die bei ihrer Mutter leben, ist also weniger bei dem fehlenden Erziehungseinfluß des Vaters zu suchen als in der gesellschaftlichen Ächtung der Illegitimität und damit der Illegitimen, wie sie sich in der bereits zitierten[1] Untersuchung von Lautmann u.a. deutlich manifestiert hat. Illegitimität ist abweichendes Verhalten von der noch bestehenden Norm, daß die Verantwortung für den Unterhalt, die Fürsorge und die Sozialisation eines Kindes bei einer vollständigen Familie liegen müsse[2]. Das Reproduktions- und Aufzuchtsmonopol der Familie[3] ist unangetastet. Davon abweichendes Verhalten wird, wenn es schon nicht zu verhindern ist, so doch mißbil-

---

1) Siehe S. 75, insbes. Fn. 1.

2) Winter, Sozialer Wandel, 51/52.

3) Formulierung v. Neidhardt, Die Familie in Deutschland, 60.

ligt. Dies geschieht durch eine dauernde Zurücksetzung, der der Betroffene vonseiten der Gesellschaft unterliegt[1]. Sie provoziert extremes Verhalten[2], das jedoch nicht als Folge dieser Zurücksetzung bewertet wird, sondern als Konsequenz der Abwesenheit eines Vaters - wie sich aus den Äußerungen Befragter ergibt[3]. Hieraus wird erkennbar, daß die Reform des Nichtehelichenrechts nicht primär eine Frage der Regelung von Sorge, Besuch und Anhörung sein konnte. Reformbedürftig ist letztendlich die gesellschaftliche Einstellung gegenüber der Nichtehelichkeit; Einstellungen werden durch gesetzliche Regelungen jedoch kaum unmittelbar geändert, allenfalls können durch ein Gesetz Verhaltensweisen erzwungen werden, deren Befolgung möglicherweise einen Einstellungswechsel hervorrufen kann[4].

---

1) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, 264.

2) König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, 265.

3) Umfrage zur "Struktur von Stigmata", veröffentl. in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1972, 83-100.

4) Mit der Möglichkeit und den Voraussetzungen einer Entstigmatisierung durch Gesetz - untersucht am Beispiel des NEG - befaßt sich Lautmann in einer noch nicht abgeschlossenen Untersuchung (Abbau von Vorurteilen durch Gesetze, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 187-205). Danach ist zunächst der Bekanntheitsgrad des NEG gering, nicht selten wird auch sein Inhalt fehlinterpretiert. Die Diskrepanz zwischen der vorhandenen und der vom Gesetzgeber angestrebten Einstellung scheint für die Betroffenen erträglich zu sein, womit die Chance eines Einstellungswandels steigt. Allerdings wird die vorhandene Diskrepanz oft - bewußt oder unbewußt - gering gehalten (Mittel: Kritik am Regelungsgegenstand, Beschränkung seines Anwendungsbereichs, Annahme der Ineffektivität der Regelung, nur verbale Akzeptierung, Ausnahme-Regel-Opportunismus). Die dem Gesetz eingeräumte Legitimität ist offenbar nicht sehr groß: z.T. wird der Staat gar nicht als Normsender erkannt, z.T. wird vermutet, daß er doch ein Interesse an der Erhaltung der alten Ordnung habe. Manche halten ihn in dieser Sache für inkompetent und ineffektiv, andere werten staatlichen Einfluß in diesem Bereich für illegitim.

Ob ein Wandel der gesellschaftlichen Einstellung durch das NEG erzielt werden wird, kann hier nicht beantwortet werden. Erörtert werden kann nur, ob die Regelung ihrem Inhalt nach überhaupt geeignet ist, einen Einstellungswandel zu veranlassen.

Wenn dies der Fall sein soll, mußte die "nichteheliche Familie" als weiterer möglicher Fall gesellschaftlicher Reproduktion in das Gesetz aufgenommen werden, ohne daß die eheliche Familie weiterhin als einziger geeigneter Sozialisationsagent behandelt wurde. Sie mußte sich als akzeptierte Alternative darbieten[1], nicht als ungewollte, hinsichtlich ihres Zustandekommens und ihrer Folgen negative Abweichung von der ehelichen Familie. Festgestellten Fähigkeiten war Rechnung zu tragen.

Für den Umfang und Inhalt der elterlichen Gewalt verboten sich daher Unterschiede zur Regelung bei der nichtehelichen Elternschaft[2].

Weiterhin konnte keinem Zweifel unterliegen, daß die Mutter als primärer Träger der elterlichen Gewalt vorzusehen war. Daraus ergibt sich - in Verbindung mit den Ergebnissen zur Sozialisationsfähigkeit alleinstehender Väter - für die Position des nichtehelichen Vaters folgendes: da der Mutter grundsätzlich vor dem Vater die Erziehung ihres nichtehelichen Kindes zukommen sollte, konnte für den Vater ein Einrücken in ihre Stelle nur dann vorgesehen werden, wenn die Mutter aus irgendeinem Grund für die Erziehung des Kindes ausfällt. Das ist dann der Fall, wenn sie stirbt, das Kind

---

1) Zum selben Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung kommt Klaje, Die verfehlte Reform, 14, 15.

2) Davon sollten auch die in § 1706 aufgezählten Fälle nicht ausgenommen sein. Die Hilfe der Jugendbehörden ist zweifelsohne wertvoll, verliert jedoch dadurch nicht ihren diskriminierenden Charakter, wenn sie einer Gruppe zwangsweise, anderen vergleichbaren aber freiwillig angetragen wird.

zur Adoption freigibt, die Einwilligung in die Ehelicherklärung erteilt oder ihr die elterliche Gewalt durch das Vormundschaftsgericht entzogen wird. Liegt keine dieser Voraussetzungen vor, so besteht kein Anlaß, auf den Vater zurückzugreifen. Die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater kann also nur als Ausnahmetatbestand geregelt werden.

Das NEG sieht dies jedoch nicht ohne weiteres vor. Es verlangt von dem Vater, der die elterliche Gewalt ausüben möchte, entweder eine Legitimation des Kindes oder eine Adoption. Zu der Voraussetzung, daß die Mutter die elterliche Gewalt nicht ausüben kann oder darf, muß also noch die weitere Bedingung hinzutreten, daß der Vater dem Kind die Stellung eines ehelichen Kindes verschafft. Damit glaubte der Gesetzgeber Gefahren aus dem Wege räumen zu können, die er bei einer "einfachen" Übernahme der elterlichen Gewalt sah und sieht[1]: Z.B. war er der Ansicht, der Mutter in diesem Fall ein "gesteigertes" Besuchsrecht nicht verwehren zu können, wodurch die Erziehungsbemühungen des Vaters (und evt. seiner Ehefrau) gefährdet werden könnten. Auch entfiele in diesem Fall nach Ansicht des Gesetzgebers die Hilfe des Beistandes für das Kind, insbesondere bei der Unterhaltsbeitreibung. Diesen vom Gesetzgeber geäußerten Bedenken ist einiges entgegenzuhalten: Zunächst besteht bei einem Besuchsrecht der Mutter genausoviel oder -weniger die Gefahr des Eingriffs in die Erziehung des Vaters wie umgekehrt; warum der Gesetzgeber diesen allgemeinen Gesichtspunkt bei der Besuchsrechtsfrage hier so betont, wird nicht begründet und dürfte auch kaum zu begründen sein. Auch für die Ansicht, bei der Erziehung durch den Vater stünde dem Kind die Hilfe des Pflegers nicht mehr zur Ver-

---

1) Amtl. Begründung des Regierungsentwurfes, Bundesratsdrucksache 468/67, abgedruckt bei Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, 262 f.

fügung, gibt er keine Begründung; oder sollte etwa der Gesetzgeber der Ansicht gewesen sein, die Zuordnung eines Pflegers zum Vater wäre unzumutbar? (Zwar würde die Unterstützung des Pflegers bei der Vaterschaftsfeststellung nicht mehr in Frage kommen; eine Hilfe in Unterhalts- und Erbschaftsangelegenheiten wäre jedoch auch hier nützlich.)
Daß der Wille zur Legitimation als Indiz für den Integrationswillen des Vaters zu bewerten ist, ist sicher nicht von der Hand zu weisen. Wesentlicher dürfte jedoch der folgende Gesichtspunkt sein: Wird das nichteheliche Kind ohne vorangegangene Legitimation in die väterliche Familie aufgenommen (eine Legitimation durch einen nicht verheirateten Vater dürfte nach den Voraussetzungen des § 1723 BGB[1] selten vorgenommen werden), steht es den übrigen Familienmitgliedern nicht gleich. Einerseits ist es benachteiligt, weil der Gesetzgeber im Interesse der ehelichen Familie das Erbrecht des nichtehelichen Kindes beschränkt hat (§ 1934 a), andererseits ist es im Vorteil, weil es den vorzeitigen Erbausgleich verlangen kann (§ 1934 d). Hinzu käme, daß sein rechtliches Verhältnis zur Ehefrau des Vaters ungeklärt wäre; dies könnte z.B. beim Tode des Vaters zu Unzuträglichkeiten führen.
Die an sich eindeutige Zuordnung, die der Gesetzgeber mit der rechtlichen Feststellung der Verwandtschaft zwischen nichtehelichem Vater und Kind vorgenommen hat, ist also nicht in letzter Konsequenz durchgeführt. Das nichteheliche Kind stünde in der Familie wiederum anders da als das eheliche. Daß dieses Anderssein den Sozialisationserfolg gefährden kann, ist nicht von der Hand zu weisen. Es erscheint damit berechtigt, die Aufnahme des Kindes in die väterliche Familie davon abhängig zu machen, daß diese Familie (die Ehefrau des Vaters eingeschlossen) zu einer vollständigen Integration des Kindes bereit ist.

---

1) Im folgenden nicht näher bezeichnete Paragraphen sind solche des BGB.

2) Zur Frage des persönlichen Kontakts zwischen dem nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteil und dem Kind

a) Der Mangel an spezieller Erfahrung auf dem Gebiet der persönlichen Kontakte zwischen nichtehelichen Eltern und Kindern

Zur Frage der Ausgestaltung der persönlichen Kontakte zwischen nichtehelichen Eltern und ihren Kindern kann auf publizierte Erfahrungen von psychologischer und psychiatrischer Seite nicht zurückgegriffen werden. Der Grund dafür mag darin liegen, daß vor Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes ein persönlicher Kontakt ausschließlich aufgrund freiwilliger Übereinkunft der Eltern möglich war. Ob bzw. in welchem Umfang solche Übereinkünfte getroffen wurden, ist nicht bekannt[1], jedenfalls scheinen die betroffenen Kinder nicht als Problemgruppe in Erscheinung getreten zu sein.

b) Die Erfahrungen mit dem Besuchsrecht ehelicher nichtsorgeberechtigter Eltern

Bereits 1949 hatte König[2] darauf hingewiesen, daß das Besuchsrecht dem Sinn der Scheidung, die für die Ehepartner und die Kinder unerträglich gewordene Familiensituation aufzuheben, widerspricht. Es stehe im Gegensatz zu der Einsicht, daß in der Mehrzahl der Fälle die Mutter weitgehend imstande ist, die Rolle von Vater und Mutter zu erfüllen und werde nur aus vermeintlich menschlichen Erwägungen zugestanden. Der erste Teil der Begründung Königs läßt erkennen, daß die kritische Beurteilung des Besuchs-

---

1) Zwar gibt es Angaben über starke und schwache Beziehungen zwischen Vater und Kind (Has, Das Verhältnis der unehelichen Eltern, 74), speziell zu Besuchsregelungen wird jedoch nichts gesagt.

2) Überorganisation der Familie, 140.

recht von Scheidungswaisen sich zumindest partiell nicht gegen das Besuchsrecht allgemein richtet, sondern an die spezifische Situation von Scheidungswaisen anknüpft: eine unerträglich gewordene Familiensituation gibt es mangels Familie bei nichtehelichen Kindern nicht, sie könnte also auch nicht verlängert werden. Der zweite Teil der Begründung spricht jedoch in gleicher Weise gegen Besuche nichtehelicher wie ehelicher Nichtsorgeberechtigter. König steht mit seinem Bedenken gegen elterliche Besuche nicht allein. Lempp[1] hat aus jugendpsychiatrischer Sicht dargelegt, daß insbesondere bei Vorschul- und Schulkindern Störungen im seelischen Gleichgewicht hervorgerufen werden können, weil ihnen nicht verborgen bleibt, daß der sorgeberechtigte Elternteil häufig nicht hinter diesem Besuch steht. Im übrigen seien solche Besuche auch nicht geeignet, der negativen Beeinflussung durch den Personensorgeberechtigten oder der Entfremdung vorzubeugen - ein Argument, das nichtsdestoweniger immer vorgetragen wird, wenn es um Sinn und Zweck des Besuchsrechts geht[2].

Gestützt auf solche Feststellungen forderte Lempp, zumindest für die bezeichnete Gruppe von Kindern, eine Einschränkung, nötigenfalls sogar ein Ruhen elterlicher Besuche. In jedem Fall sollten solche Besuche von Seiten des Kindes aus freiwillig sein. Diese Bedenken gegen elterliche Besuche scheinen sich in letzter Zeit eher noch verstärkt als abgeschwächt zu haben. Häufig wurde beobachtet, daß Besuche die Entfremdung von dem besuchenden Elternteil geradezu fördern und Antipathien gegenüber diesem Elternteil aufkommen lassen, mit dem das Kind zwangsweise einen Teil seiner

---

1) NJW 1963, 1659 (1661).

2) Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 15.6.1971, FamRZ 1971, 421 (424) m.w.N.; Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (241); BGH, Beschl. v. 21.10.1964, BGHZ 42, 364 (372).

Zeit verbringen muß. Der ständige Wechsel der Bezugspersonen birgt die Gefahr eines psychischen Hospitalismus und fördert die Entwicklung einer opportunistischen Haltung gegenüber den Eltern[1].
Diese allgemein gegen Besuche nichtsorgeberechtigter Elternteile sprechenden Gründe müssen dazu veranlassen, auf das Einräumen eines Anspruchs auf persönlichen Kontakt gegen den Willen des Sorgeberechtigten zu verzichten. Dies gilt sowohl für eheliche als auch für nichteheliche Kinder.
Der Gesetzgeber hat, diesen Feststellungen entsprechend, dem nichtehelichen Vater keinen Anspruch auf Kontakt mit dem Kind eingeräumt. Zu Recht macht er den Besuch vom Willen der Mutter abhängig. Zwar stellt er dem Vater die Hilfe des Jugendamtes zur Verfügung, wenn der Besuch gewünscht wird. Er läßt auch eine gerichtliche Entscheidung gegen den Willen der Mutter zu. Angesichts der von ihm bezogenen Ausgangsposition sollte der Nachweis, daß der Besuch dem Wohl des Kindes dient, jedoch nicht leicht gemacht werden.
Allerdings hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, hierbei den kindlichen Willen zu beachten. Dieser Wille ist bereits im frühen Kindesalter durch psychologische Begutachtung erforschbar; später, etwa von einem Alter von vierzehn Jahren an, wird er in der Regel in anerkannbarer Weise gebildet und geäußert[2]. Will man die letzteren Kinder nicht nur als Objekt elterlicher Wünsche betrachten, sollte deshalb daran gedacht werden, kein Besuchsrecht gegen den Willen solcher Kinder, zu deren Lasten die Durchsetzung des Rechts immerhin geht, zuzulassen.

3) Zur Frage der Beteiligung des nichtsorgeberechtigten Elternteils an Entscheidungen für und über das Kind (Zustimmungsrecht - Anhörungsrecht - Informationsrecht)

---

1) Lempp, NJW 1972, 315 (317).

2) Vgl. dazu speziell Lempp, NJW 1972, 315 (318) und Giesen, NJW 1972, 225 (227, 228).

a) Die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Alleinentscheidungen der sorgeberechtigten Mutter und solchen Entscheidungen, die gesetzlich der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bedürfen.

Die hier zur Diskussion stehenden Befugnisse betreffen das nichteheliche Kind persönlich nicht in dem Maße wie die Festlegung der Voraussetzungen für die elterliche Gewalt oder den persönlichen Kontakt, da sie gegenüber dem Sorgeberechtigten oder dem Vormundschaftsgericht auszuüben sind. Zwar ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß durch die Mitwirkung des nichtsorgeberechtigten Vaters Entscheidungen zum Schaden des Kindes verhindert oder verzögert werden können: wie solche Gefahren abzuwenden sind, ist jedoch durchaus regelbar.

Weitaus wichtiger ist die Frage der Vereinbarkeit einer Mitwirkung des Vaters an Entscheidungen der Mutter mit der Einsicht, daß in der Mehrzahl der Fälle die Mutter imstande ist, die Rolle von Vater und Mutter zu erfüllen. Wenn diese Tatsache rechtlich anerkannt werden soll, kann der außerhalb der Familie stehende Vater nur ausnahmsweise an Entscheidungen für und über das Kind beteiligt sein: ein Zwang zum persönlichen Zusammenwirken - und sei es auch nur in der Form von Auskünften über das Kind - von sorgeberechttigter Mutter und nicht sorgeberechtigtem Vater muß dem Verantwortungsbewußtsein und ihrer Initiative für das Kind abträglich sein. Hinter der Gefahr eines nachlassenden Interesses der Mutter an der Erziehung ihres Kindes muß das Interesse des Vaters an einer Mitwirkung an der Erziehung zurückstehen, wenn die Mutter und er sich nicht freiwillig über eine solche Mitwirkung verständigen können[1].

---

1) Entsprechend Horstmann, Personenrechtliche Beziehungen, 88.

Anders ist die Interessenlage dann zu bewerten, wenn die Mutter die zu treffende Entscheidung bereits aus anderen Gründen nicht allein treffen kann, d.h. in den Fällen, in denen eine vormundschaftsgerichtliche Mitwirkung an der Entscheidung der Mutter ganz unabhängig von ihrer Nichtehelichkeit vorgesehen ist. Das gilt z. B. für die Adoption des Kindes (§ 1741 S. 2) und die Fälle der §§ 1643 i.V.m. 1821, 1822. Hier ist zur Wahrung der Interessen jedes Kindes die Mitwirkung eines unabhängigen Gerichts für notwendig befunden worden. Nichts spricht dagegen, das Gericht zu verpflichten, bei seiner Entscheidung Personen einzuschalten, die möglicherweise zur Richtigkeit der Entscheidung beitragen können. Eine Beteiligung des Vaters an Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts ist daher zu befürworten.

b) Die Art und Weise der Beteiligung

Für eine Beteiligung des Vaters stehen verschiedene Modaitäten zur Verfügung. Es kann entweder die Zustimmung des Vaters, seine Anhörung oder eine bloße Verpfichtung des Gerichts zur Information des Vaters über die Entscheidung vorgesehen werden, wobei letzteres im engen Sinne eigentlich keine Beteiligung mehr darstellt. Welche Form der Mitwirkung im einzelnen vorzusehen ist, wird teilweise bereits durch Art. 103 I GG bestimmt.

aa) Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG

Art. 103 I GG gewährt jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren. Mit "jedermann" ist jeder von der Entscheidung unmittelbar rechtlich Betroffene gemeint[1]. Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts, die

---

1) Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 103 Rdnr. 91; BVerfG, Beschl. v. 1.2.1967, FamRZ 1967, 135 (136) m.w.N.

die Rechtsstellung des Vaters verändern, bedürfen daher zumindest einer Anhörung des Vaters. Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts gem. §§ 1643, 1821, 1822 dürften solche Folgen in der Regel nicht haben; als Hauptanwendungsfall bleibt daher die Adoption des Kindes durch die Mutter oder Dritte, wodurch der Vater die Möglichkeit der Ehelicherklärung und der eigenen Adoption des Kindes sowie jegliche Chance auf persönlichen Kontakt mit dem Kinde verliert.

bb) Das Zustimmungsrecht des Vaters

Die Verpflichtung zur Anhörung des Vaters hindert zwar, ihn auf einen bloßen Informationsanspruch zu beschränken, der Einräumung einer weitergehenden Zustimmungsbefugnis steht sie jedoch nicht im Wege. Speziell für die Adoption des nichtehelichen Kindes, die in der Tat die Rechtsstellung des Vaters stark verkürzt, wird vielfach gefordert, eine Zustimmung[1] des Vaters vorzusehen, wobei einem Mißbrauch dieses Rechts durch eine weitgehende Ersetzungsmöglichkeit entgegengewirkt werden soll[2]. Dabei wird davon ausgegangen, daß auf diesem Wege der Verlust von Rechten gegen den Willen des Vaters wirksamer zu verhindern bzw. wieder rückgängig zu machen sei als dann, wenn ihm ein Anhörungsrecht zusteht. Diese Ansicht ist, bezogen auf eine nicht vorliegende Zustimmung bzw. eine nicht vorgenommene Anhörung, zutreffend, wenn man die Zustimmung des Vaters als Wirksamkeitsvoraussetzung, die Anhörung jedoch als bloßes, die Wirksamkeit des Adoptionsvertrages nicht berührendes Formerfordernis betrachtet, dessen Nichtbeach-

---

1) Storr, Der Verfassungsauftrag, 103; Odersky, Nichtehelichengesetz § 1747 a I 2); Engler, Auf dem Weg zu einem neuen Adoptionsrecht, 77; Jayme, FamRZ 1973, 14 (17); nicht ganz klar Gernhuber, Familienrecht, 736.

2) Jayme, FamRZ 1973, 14 (17); Engler, Adoptionsrecht, 77.

tung entsprechend § 1756 II nach Bestätigung des Vertrages durch das Vormundschaftsgericht nicht mehr geltend gemacht werden kann[1]. Während die fehlende, nicht ersetzbare Zustimmung im Wege der Feststellungsklage zur Erklärung der Unwirksamkeit der Adoption führen würde, wäre nach der Bestätigung die unter Verletzung des Anhörungsrechts zustandegekommene Adoption nicht mehr angreifbar.

Der Ausgangspunkt dieser Ansicht, das Anhörungsrecht sei ein bloßes Formerfordernis, dessen Verletzung letzten Endes irrelevant sei, dürfte jedoch nicht in Einklang mit der Verfassung zu bringen sein. Das Anhörungsrecht des nichtehelichen Vaters ist die spezielle Ausformung des grundgesetzlich gesicherten Anspruchs auf rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren in Adoptionssachen. Zwar handelt es sich bei Art. 103 I GG um einen Anspruch formeller Art, der lediglich der Sicherung und Durchsetzung der materiellen Grundrechte dient, ein "Hilfsgrundrecht"[2]. Sein Verfassungsrang ist jedoch unbestritten. Diese Qualifikation verbietet es, das Recht auf rechtliches Gehör als bloße Formvorschrift i.S.d. § 1756 einzustufen und damit seine Verletzung folgenlos zu lassen. Zwar bedeutet dies nicht, daß die Verletzung des Anhörungsrechts in jedem Fall zur Aufhebung der betreffenden gerichtlichen Entscheidung führen muß: eine Aufhebung kann - in entsprechender Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht[3] entwickel-

---

1) So ausdrücklich Odersky, § 1747 a IV 2).

2) Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 103 Rdnr. 3.

3) BVerfG, Beschl. v. 24.7.1957, BVerfGE 7, 95 (99); BVerfG, Beschl. v. 23.1.1958, BVerfGE 7,239 (241); BVerfG, Beschl. v. 17.10.1958, BVerfGE 8, 208 (209); BVerfG, Beschl. v. 28.10.1958, BVerfGE 8, 253 (256); BVerfG, Beschl. v. 21.1.1959, BVerfGE 9, 123 (124); BVerfG, Beschl. v. 1.2. 1967, FamRZ 1967, 135 (136).

ten Grundsätze zur Geltendmachung des Art. 103 GG mit der Verfassungsbeschwerde - nur dann verlangt werden, wenn die angefochtene Entscheidung auf der Versagung des rechtlichen Gehörs beruht[1]. Einen solchen ursächlichen Zusammenhang nimmt das Bundesverfassungsgericht jedoch bereits dann an, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Beschwerdeführer bei Beachtung des Art. 103 I GG eine günstigere Entscheidung erreicht hätte. Dieser Nachweis dürfte, wenn die Bedenken des Vaters gegen die Adoption begründet sind, leicht zu führen sein. Zwischen dem Schutz des Vaters durch die Zustimmung und dem durch die Anhörung besteht also wenig Unterschied in dem Fall, daß die Zustimmung bzw. die Anhörung nicht vorliegen. Das gilt jedoch in gleicher Weise, wenn der Vater die Zustimmung ausdrücklich versagt: ein Grund, der die Versagung der Zustimmung rechtfertigt, deren Ersetzung also ausschließt, dürfte das Vormundschaftsgericht bei Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auch zur Versagung der gerichtlichen Adoptionsbestätigung veranlassen, wenn er im Anhörungsverfahren vorgetragen wurde. Dabei wird das bloße Geltendmachen der Rechtsbeeinträchtigung - sei es vorgetragen als Grund für eine Versagung der Zustimmung, sei es im Anhörungsverfahren geltend gemacht - kein hinreichender Grund für die Nichterteilung der Adoptionsbestätigung sein können. Die Vorstellung, daß der Vater nur zur Erhaltung seiner Rechte die Adoption des Kindes verhindern kann,

---

1) Nicht auszuschließen ist, daß in diesem Wege versucht wird, bereits länger andauernde Adoptionsverhältnisse wieder aufzulösen. Dies wird nach geltendem Recht bei fehlender Zustimmung eines zustimmungsberechtigten Elternteils in Kauf genommen und kann deshalb nicht als Argument gegen die oben vorgenommene Qualifizierung ausgeführt werden. Zu erwägen wäre jedoch, ob sowohl das Fehlen einer Zustimmung als auch das einer Anhörung nach Ablauf längerer Fristen noch beachtet werden sollte, wenn das Kind bereits in die Adoptionsfamilie hineingewachsen ist und ein Herauslösen zu seinem Schaden wäre.

mutet jedenfalls bei einer Fremdadoption[1] einigermaßen befremdlich an. Immerhin ist doch davon auszugehen, daß eine Mutter, die ihr Kind zu einer Fremdadoption freigibt, keine allzu engen Beziehungen mehr zu dem Kind hat. Dieser Zustand würde zu Lasten des Kindes fortgesetzt werden müssen, damit dem Interesse des Vaters Rechnung getragen werden kann. Angesichts der Tatsache, daß der Vater selbst die Möglichkeit der Ehelicherklärung und Adoption hat und die Mutter dazu bei einer Adoptionsfreigabe ihrerseits die Zustimmung wohl nur rechtsmißbräuchlich verweigern kann, wird sich der Vater nicht darauf berufen können, seine Rechte würden durch die desinteressierte Mutter zunichte gemacht. Das Anhörungsrecht, das zur Wahrung der Interessen des Vaters ausreichend ist, sollte also nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen dem Schutz der Rechte des Vaters dienen können.

cc) Nicht von Art. 103 I GG erfaßte Sachverhalte

Art. 103 I GG erfaßt nur die Fälle, in denen durch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts der Vater unmittelbar rechtlich betroffen ist. Entscheidungen, die den Vater nur tatsächlich betreffen, oder die ausschließlich Wirkungen für das Kind haben, bedürfen nach Art. 103 I GG keiner Anhörung. Wenn das trotzdem geschehen soll, kann nur die Förderung des Kindeswohls Grund dafür sein: die Möglichkeit, die vom Vormundschaftsgericht zu treffende Entscheidung besser abzusichern. Dabei muß jedoch die Gefahr einer schädlichen Verfahrensverzögerung gesehen und behoben werden.

dd) Der Anspruch auf Information

Bei Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts, bei denen der Vater ein Anhörungsrecht hat, dürfte der Anspruch auf Infor-

---

1) Rechtlich durchaus mögliche Eigenadoptionen durch die Mutter dürften kaum vorkommen, da auch ohne Adoption die Mutter die nach dem Gesetz bestehenden (von mir abgelehnten) Beschränkungen aufheben lassen kann.

mation bereits durch § 34 FGG gewährleistet sein. Im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens muß das Vormundschaftsgericht die Akteneinsicht gestatten, wenn andernfalls das Anhörungsrecht nicht sachgemäß ausgeübt werden kann[1]. Ein weitergehender Anspruch gegen das Vormundschaftsgericht auf Unterrichtung über die Entwicklung des Kindes scheitert daran, daß dem Vormundschaftsgericht andere Vorgänge als die ihm zur Entscheidung vorzulegenden gar nicht bekannt sein können, es sei denn, man würde die Mutter für verpflichtet halten, das Vormundschaftsgericht laufend über die Entwicklung des Kindes zu unterrichten. Mit dem Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit des Inhabers der elterlichen Gewalt für das Kind ist eine solche Verpflichtung zur Auskunftserteilung außer in den vom Vormundschaftsgericht generell zu entscheidenden Fällen unvereinbar. Ein allgemeiner Informationsanspruch über die Fälle des § 34 FGG hinaus kann daher auch gegen das Vormundschaftsgericht nicht begründet werden.

---

1) Odersky, Nichtehelichengesetz § 1712 4).

II. Zusammenfassende Würdigung der gesetzlichen Regelung und Änderungsvorschlag

1) Die Notwendigkeit von Änderungen im Nichtehelichengesetz auf Grund sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse

a) Zur elterlichen Gewalt

Die Untersuchung war zu dem Ergebnis gekommen, daß der Mutter die volle elterliche Gewalt einzuräumen sei. § 1706, der die elterliche Gewalt der Mutter durch Einsetzung eines Pflegers beschränkt, sollte daher aufgehoben und durch eine dem § 1685 entsprechende Regelung ersetzt werden. Der Zugang des Vaters zur elterlichen Gewalt sollte nur vorgesehen werden, wenn die Mutter für ihre Ausübung ausfällt bzw. dem Antrag des Vaters zustimmt. Dieser Forderung trägt das Gesetz Rechnung, indem es primär die Mutter zur Ausübung bestimmt, § 1705. Nur mit ihrer Zustimmung kann der Vater durch Ehelicherklärung oder Adoption die elterliche Gewalt erlangen. Bei mißbräuchlicher Versagung der Einwilligung kann diese ersetzt werden (§§ 1727 I, 1747 III). Mit der Erlangung der elterlichen Gewalt ist nach dem Inhalt des Gesetzes die eindeutige rechtliche Zuordnung zur Vaterfamilie verknüpft, mit deren Hilfe erst für die nichtehelichen Kinder gleiche Bedingungen hergestellt werden[1) 2)].

---

1) Die Bewertung von Simitis, StAZ 1970, 255 (263), die gesetzliche Regelung beharre mithin im Normalfall, soweit es um das Verhältnis zwischen Vater und Kind gehe, in einem letztlich rein kommerziellen Verständnis des Nichtehelichenrechts, erscheint infolgedessen unzutreffend.

2) Die Abhängigkeit elterlicher Rechte des ne. Vaters von einer eindeutigen rechtlichen Zuordnung zu ihm und seiner Familie hat - in abweichender konkreter Ausgestaltung - auch Eingang in den Entwurf Krauses zu einem Uniform Legitimacy Act gefunden, siehe S. 53.

Gegen die Ausgestaltung der Rechtsstellung des Vaters hinsichtlich der Erlangung der elterlichen Gewalt so wie sie im Nichtehelichengesetz vorgesehen ist, bestehen daher keine Bedenken[1].

b) Zum persönlichen Kontakt

Das Gesetz sieht in § 1711 einen persönlichen Kontakt zwischen dem Kind und dem Vater gegen den Willen der Mutter nur vor, wenn der persönliche Umgang mit dem Vater dem Wohl des Kindes dient[2]. Den Wunsch des Kindes berücksichtigt das Gesetz überhaupt nicht. Diese Vorschrift ist in der Zwischenzeit auch bereits in den Augen des Gesetzgebers offenbar überholt: in der Reformdiskussion zu § 1634[3] scheint es festzustehen, daß nicht gegen den Willen von Kindern über 14 Jahren ein Besuchsrecht eingeräumt werden soll[4]. Wünsche von Kindern unter 14 Jahren sollen danach jedoch unberücksichtigt bleiben. Diesem Vorschlag kann nach den obigen Ausführungen nicht gefolgt werden, so daß hier nach einer angemessenen gesetzlichen Lösung zu suchen ist.

---

1) So auch Horstmann, Personenrechtliche Beziehungen, 87.

2) Dieser Nachweis ist nicht leicht zu erbringen; s. dazu die bisher ergangenen Entscheidungen LG Hamburg, Beschl. v. 22.3.1971, FamRZ 1971, 600-602 = DAV 1971, 195-201; LG Ravensburg, Beschl. v. 4.10.1970, FamRZ 1971, 48 = DAV 1970, 386-387; LG Augsburg, Beschl. v. 8.2.1971, DAV 1971, 193-195; AG Moers, Beschl. v. 9.10.1970, DAV 1970, 384-385; AG-VG Biberach/Riß, Beschl. v. 23.9.1970, DAV 1970, 385-386.

3) An die Regelung in § 1634 geltender Fassung lehnten sich unverständlicherweise noch einige Kritiker des § 1711 an, s. Simitis, StAZ 1970, 255 (264); nicht ausdrücklich, aber tendenziell ebenso Lange, NJW 1970, 297 (303); Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (243).

4) Siehe Gernhuber, FamRZ 1973, 229 (241).

c) Zur Beteiligung des Vaters an Entscheidungen für und über das Kind

Insoweit als das Gesetz ein direktes Zusammenwirken zwischen der Mutter und dem Vater nicht vorsieht, entspricht es der grundsätzlichen Anerkennung der Alleinerziehungsfähigkeit der Mutter.

Mit der Begründung einer Anhörungspflicht bei der Adoption des Kindes (§ 1747 a)[1] trägt der Gesetzgeber dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG Rechnung. Eine weitergehende Anhörungspflicht brauchte nicht begründet zu werden. Daß der Gesetzgeber sei unter dem Gesichtspunkt der Röderung des Kindeswohls begründet hat, ist nicht zu beanstanden[2].

---

1) Die Voraussetzungen, unter denen gem. § 1747 a III von der Anhörung abgesehen werden kann, sind, wenn sie auch mit Art. 103 GG vereinbar sein dürften, im Sinne dieses Artikels eng auszulegen. So bereits Odersky, Nichtehelichengesetz § 1747 a III.

2) Anders als der österreichische Gesetzgeber hat der deutsche von der Statuierung einer allgemeinen Anhörungspflicht in wichtigen Angelegenheiten abgesehen. Auf den ersten Blick erscheint diese Regelung für den Anzuhörenden vorteilhafter als die des Nichtehelichengesetzes. Mit der Statuierung einer Anhörung in wichtigen Angelegenheiten ist eine definitive Entscheidung des Gesetzgebers jedoch genausowenig gefällt wie bei der Anhörung unter dem Vorbehalt des Kindeswohls: die Bewältigung des Problems wird ebenso den Gerichten überantwortet,wie das in § 1712 der Fall ist. Zu erwarten wäre insbesondere eine Flut von Rechtsstreitigkeiten über die Wichtigkeit bestimmter Ereignisse, wobei das Interesse des Kindes kaum mehr als eine begrenzende Funktion inne hätte. Das bedeutet nicht, daß nach dem geltenden Recht jede Nachprüfbarkeit der Entscheidungen des Gerichts ausgeschlossen wäre. Zwar steht die Entscheidung darüber, ob die Anhörung dem Wohl des Kindes zu dienen geeignet ist, im Ermessen des Gerichts. Die Entscheidung ist jedoch auf sachgemäße Anwendung und Einhaltung der Grenzen des Ermessens überprüfbar (Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung Einl. III 4) B)).

Eine Informationspflicht des Vormundschaftsgerichts über die Fälle des § 34 FGG hinaus kann nicht befürwortet werden. Das Schweigen des Gesetzgebers sollte insoweit als Ablehnung des Anspruchs gewertet werden und der Entwicklung eines Informationsanspruchs durch die Rechtsprechung im Wege stehen.

2. Änderungsvorschlag

Die Notwendigkeit einer Änderung gesetzlicher Vorschriften ergibt sich nur bei der Regelung der persönlichen Kontakte zwischen Vater und Kind. Für die mehr als vierzehnjährigen bestehen, wie bereits dargestellt, wenig Schwierigkeiten; für sie ist ein Vetorecht zu schaffen. Schwieriger ist die Berücksichtigung des Willens kleinerer Kinder.

Eine gesetzliche Regelung, die eine solche Berücksichtigung garantiert, findet sich in den im ersten Abschnitt (S. 6-56) dargestellten Rechtsordnungen nicht. Zwar wird nirgendwo die Beiziehung eines Jugendpsychiaters verboten, und in vielen Fällen wird davon auch Gebrauch gemacht worden sein. Zu einer Regel ist eine solche Beiziehung auf der Grundlage des bestehenden Besuchsrechts jedoch nicht geworden. Das Vertrauen auf die Unterredung mit den Eltern, allenfalls noch auf die mit dem Kind, ist trotz häufig fehlender einschlägiger Vorbildung der Richter und trotz bekannter Vorzüge nicht verbaler Exploration groß. Das Mißtrauen gegen jugendpsychiatrische Untersuchungen ist nicht ausgeräumt, so daß ein Rückgriff auf bereits geltende ausländische Regelungen nicht ausreichen kan..

Wer dem Wunsch der kleineren Kinder hinsichtlich des persönlichen Kontakts mit seinem Vater Geltung verschaffen will, muß mit der Erforschung dieses Wunsches einen Spezialisten betrauen. Richter können - jedenfalls nach ihrer bisherigen Ausbildung - diese Aufgabe nicht erfüllen. Mit

einer Aussprache mit dem Kind ist es in der Regel nicht getan, häufig wird das Kind gar nicht imstande sein, einen bestimmten Wunsch zu äußern, auch muß ein geäußerter Wunsch nicht immer dem wirklichen Willen des Kindes entsprechen. Die Erforschung des wirklichen Willens oder zumindest vorhandener Tendenzen muß daher dem Jugendpsychiater überlassen bleiben.

Die zu schaffende gesetzliche Regelung muß daher vorsehen, daß bei der Entscheidung über den persönlichen Kontakt des weniger als vierzehn Jahre alten Kindes der Wille oder die Tendenz des Kindes in einer jugendpsychiatrischen Untersuchung festgestellt wird. Gegen den so festgestellten Willen des Kindes darf ein persönlicher Kontakt mit dem Vater nicht angeordnet werden.

2) Verfassungsrechtliche Einordnung des Ergebnisses

Zu untersuchen bleibt, ob und in welcher Weise die Ergebnisse der Arbeit für eine verfassungsrechtliche Diskussion der personenrechtlichen Befugnisse des Vaters fruchtbar zu machen sind.
Als Ergebnis der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Kritik an der Regelung des NEG wurde festgestellt, daß die bloße Argumentation mit verfassungsrechtlichen Begriffen nicht zum Kern des Problems vordringt und den Besonderheiten nicht auf den Grund geht. Im Vorausgehenden ist versucht worden, diese Besonderheiten herauszuarbeiten. Für die verfassungsrechtlichen Fragen ergibt sich daraus, daß nur von einem bestimmten tatsächlichen Hintergrund diskutiert werden kann.
Folgt man der Ansicht, daß dem Vater ein Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG zustehe[1)], und ist man darüber hinaus der

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 60.

Meinung, daß dieses Elternrecht nicht nur Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe sei, sondern gewisse elterliche Befugnisse garantiere, so ist für den Inhalt und Umfang dieser Garantie zur Zeit von folgendem Sachverhalt auszugehen:

- die alleinstehende Mutter ist derzeit in der Regel besser als der Vater imstande, für die Erziehung des Kindes zu sorgen.
- soll das Kind ausnahmsweise dem Vater zugeordnet werden, fordert seine vollständige Integration die rechtliche Gleichstellung mit den anderen ehelichen Familienangehörigen.
- Besuche des nicht sorgeberechtigten Elternteils sind in der Regel geeignet, die Entwicklung des Kindes negativ zu beeinflussen.
- Auskunfts- und Anhörungsansprüche des nicht sorgeberechtigten Elternteils sind in der Regel geeignet, das Verantwortungsgefühl des Sorgeberechtigten für das Kind zu schwächen.

Ausgehend von dieser Basis ergeben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung aus der Sicht des Vaters

Schließt man sich der Ansicht an, die Verteilung elterlicher Befugnisse sei nur an Art. 3 GG zu messen, so muß folgendes beachtet werden:
Setzt die Kritik bei Art. 3 Abs. 1 GG an (obwohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 26, 272; 8,221) Art. 6 Abs. 5 GG in diesem Fall Spezialnorm ist), so ist zu untersuchen, ob eine willkürliche gesetzliche Regelung getroffen worden ist. Das ist dann der Fall, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden läßt[1]. Nach dem Ergebnis der Arbeit liegt das nicht vor.

Untersucht man die Regelung anhand des Art. 3 Abs. 2 GG, ist zu prüfen, ob sie durch das in Art. 6 Abs. 5 GG gesetzte Ziel gerechtfertigt ist, da hierin das Recht der Eltern seine Grenze findet[2]. Nach dem Ergebnis der Arbeit ist dies zu bejahen.

---

1) BVerfGE 25,105.
2) BVerfGE 26,272 ff.

LEBENSLAUF

Am 19. 9. 1948 wurde ich als zweitälteste Tochter des Kaufmanns Carl Voß und seiner Ehefrau Maria geb. Kley in Rhede Kreis Borken (NRW) geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Rhede und des neusprachlichen Mädchengymnasiums in Bocholt machte ich im Juli 1967 das Abitur. Ich begann das Studium der Rechtswissenschaften im Winter 1967 in Münster, studierte im Sommersemester 1969 in München und kehrte dann nach Münster zurück. Im April 1972 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm. Seitdem bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Münster tätig. Am 1. November 1973 begann ich den Juristischen Vorbereitungsdienst.